DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

10ª edición
actualizada y revisada

Con la colaboración de
VICTOR GÓMEZ MARTÍN
(Catedrático Acreditado de Derecho penal)
y
VICENTE VALIENTE IVÁÑEZ
(Becario de Investigación)

EDITORIAL REPPERTOR
Barcelona 2016
www.reppertor.com

1ª edición: 1984
2ª edición: 1985
3ª edición: 1990
4ª edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995: 1996
1ª reimpresión: noviembre de 1996
2ª reimpresión: septiembre de 1997
5ª edición: 1998
1ª reimpresión: diciembre de 1998
2ª reimpresión: julio de 1999
3ª reimpresión: julio de 2000
4ª reimpresión: agosto de 2001
6ª edición: 2002
1ª reimpresión: agosto de 2003
7ª edición: 2004
1ª reimpresión: enero 2005
2ª reimpresión: agosto 2006
8ª edición: 2008
1ª reimpresión: julio 2009
2ª reimpresión: julio 2010
9ª edición: 2011
1ª reimpresión: diciembre 2011
2ª reimpresión: febrero 2014
3ª reimpresión: enero 2015
10ª edición: agosto 2015
1ª reimpresión corregida: enero 2016

ISBN: 978-9974-708-69-3 (Uruguay)
ISBN: 978-84-608-1582-2 (España)

REPPERTOR, S.L.
Passeig de Gràcia, 44, 5º C
08007-Barcelona

Distribución en España:
EDISOFER S. L.
Calle San Vicente Ferrer 71
28015 - Madrid
Tel.: 91-521-0924
Fax: 91-532-2863
www.edisofer.com

En Buenos Aires, República Argentina:
© Euros Editores S.R.L.
Av. Congreso 4744 (C1431AAP)
Tel./Fax: (005411) 4522-1483
e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar
www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
© B de F Ltda.
Buenos Aires 671 (CP 11000)
Tel./Fax: (005982) 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy
www.editorialbdef.com

© Santiago Mir Puig

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

Hecho el depósito que establece la ley.

Impreso en España

Dep. Legal: B-36.436-2002

Impreso por:
TECFOTO, S.L. Ciudad de Granada, 55-57. 08005 Barcelona

A Francesca, que lucha y da sentido
a mi lucha por la vida.

A Oriol y Susana, a Carlos y Teresa,
y al resto de mi familia, a Diego y Agustín,
a Jesús, Joan, María Teresa y Mirentxu,
y a mis discípulos y amigos que sé que de
verdad están conmigo en estas horas difíciles.

ÍNDICE

Prólogo a la décima edición 23
Abreviaturas 25
Obras generales 29

PRIMERA PARTE
EL DERECHO PENAL

LECCIÓN 1. EL DERECHO PENAL 39
I. El Derecho penal como medio de control social 42
II. Derecho penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo 44
III. El Derecho penal objetivo 45
IV. La pena y las medidas de seguridad como componentes del Derecho penal 45
V. Definición de Derecho penal objetivo 47
VI. Derecho penal y responsabilidad civil derivada del delito 48
VII. Derecho penal, Ciencia del Derecho penal, Criminología y Política Criminal 51
VIII. El Derecho penal español 54
1. La legislación penal española 55
2. Límites espaciales del Derecho penal español y extradición 57

LECCIÓN 2. LAS NORMAS JURÍDICO-PENALES 65
I. Concepto de norma jurídico-penal. Enunciados legales y normas jurídico-penales 66
II. Norma primaria y norma secundaria 67
III. Estructura de las normas penales 70
IV. Proposiciones jurídico-penales incompletas y «leyes penales en blanco» 71
V. Normas de valoración o normas de determinación 75

LECCIÓN 3. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL 79
I. Las teorías de la pena 84
1. Las tesis de la retribución 84
2. Las teorías de la prevención 87
A) La prevención general 88
B) La prevención especial 91
3. La combinación de las funciones de retribución y prevención 94
II. La función de las medidas de seguridad 98
III. La función del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho 100
IV. La función de la pena en la legislación penal española vigente 102

LECCIÓN 4. LOS LÍMITES DEL *IUS PUNIENDI* 107
I. El Estado social y democrático de Derecho como fundamento del *Ius Puniendi* y sus límites 114
II. El principio de legalidad como exigencia del Estado de Derecho 114
1. Origen y sentido político 114
2. Garantías del principio de legalidad 116
3. El principio de legalidad en el Derecho español 118
4. La prohibición de analogía 125
III. Límites del *Ius Puniendi* en un Estado social 127
1. El principio de utilidad de la intervención penal 127
2. Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal 128
3. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos 129
IV. Límites del *Ius Puniendi* en un Estado democrático 133
1. El principio de humanidad de las penas 133
2. El principio de culpabilidad 134
3. El principio de proporcionalidad 138
4. El principio de resocialización 140

SEGUNDA PARTE
EL DELITO

LECCIÓN 5. LA TEORÍA DEL DELITO 143
I. Significado de la teoría del delito 146
II. La teoría del delito en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho 147
III. Líneas generales de la teoría del delito 148
IV. ¿Es la «punibilidad» una categoría autónoma de la definición de delito? 153

LECCIÓN 6. LA ANTIJURIDICIDAD PENAL: TEORÍA GENERAL..... 157
I. Elementos generales de la antijuridicidad penal 158
II. Antijuridicidad penal formal y material 160
III. Evolución histórica del concepto de antijuridicidad y su relación con la tipicidad 161
1. Lo objetivo y lo subjetivo en la antijuridicidad..... 161
2. Relación de tipicidad y antijuridicidad 165
IV. El contenido material de la antijuridicidad penal en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho 168
1. *La tipicidad penal como base de la antijuridicidad penal*..... 169
2. Desvalor de resultado y desvalor de la conducta en la antijuridicidad penal 171
A) El bien jurídico-penal..... 171
a) Concepto político-criminal y concepto dogmático de bien jurídico 172
b) Bien jurídico, substrato del mismo y objeto material del delito..... 173
c) Dimensión social del bien jurídico 174
d) Funciones del bien jurídico..... 175
B) Conducta y resultado lesivo en la antijuridicidad penal..... 176
C) Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto penal..... 178
3. La ausencia de causas de justificación..... 180
V. Las condiciones objetivas de punibilidad como elementos del tipo penal..... 181

LECCIÓN 7. EL COMPORTAMIENTO HUMANO (LA ACCIÓN)..... 185
I. El comportamiento humano como elemento del delito..... 187
II. Rasgos generales de la evolución histórico-dogmática del concepto de acción o comportamiento humano 189
III. Toma de posición..... 194
IV. El sujeto de la acción. El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas 200
1. De la responsabilidad colectiva a la responsabilidad individual... 200
2. El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas 201

LECCIÓN 8. AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO HUMANO 211
I. Introducción..... 212
II. Conceptos dogmáticos de acción y supuestos de su ausencia..... 214
III. Ausencia de acción por falta de manifestación externa 215

IV. Análisis particularizado de las causas de exclusión de la acción en Derecho español 216
1. Fuerza irresistible 216
A) La cantidad de la fuerza 217
B) La cualidad de la fuerza 218
C) La actio libera in causa y la fuerza irresistible 220
D) La fuerza irresistible en los delitos de omisión 220
2. Movimientos reflejos 220
3. Inconsciencia 222
A) Hipnotismo 222
B) Sueño 223
C) Embriaguez letárgica 223

LECCIÓN 9. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL Y CLASES DE TIPOS PENALES 225
I. Elementos de la estructura del tipo penal 227
1. La conducta típica 227
2. Los sujetos de la conducta típica 228
3. Objetos 229
II. Clases de tipos 230
1. Según las modalidades de la acción 230
A) Por las modalidades de la *parte objetiva* 230
a) Delitos de mera actividad y de resultado 230
Excurso: Tiempo y lugar del delito en los delitos de resultado 230
b) Delitos de acción y de omisión 233
c) Delitos de medios determinados y resultativos 233
d) Delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos ... 234
B) Por la relación de la parte subjetiva con la objetiva 234
a) Tipos congruentes 234
b) Tipos incongruentes 235
2. Según los sujetos 236
A) Delitos especiales propios e impropios 236
B) Delitos de propia mano 237
C) Tipos de autoría y de participación 237
D) Delitos de encuentro y participación necesaria 237
3. Según la relación con el bien jurídico 238
III. Elementos descriptivos y elementos normativos en la formulación del tipo 240
1. Elementos descriptivos 240
2. Elementos normativos 240

LECCIÓN 10. EL TIPO DOLOSO DE ACCIÓN 241
I. La parte objetiva del tipo doloso: relación de causalidad e imputación objetiva 245
1. Planteamiento 245
2. La causación del resultado típico: la relación de causalidad 247
3. La imputación objetiva del hecho 259
A) La imputación objetiva de la conducta 259
B) La imputación objetiva del resultado 262
4. Ámbito de la teoría de la imputación objetiva 263
II. La parte subjetiva del tipo doloso 264
1. El dolo y sus clases 264
A) Concepto 266
B) Precisión de su contenido 269
C) Clases 270
a) Dolo directo de primer grado 270
b) Dolo directo de segundo grado 271
c) Dolo eventual 271
aa) Teoría del consentimiento 272
bb) Teoría de la probabilidad 273
cc) Toma de posición 274
2. Ausencia de dolo típico: error de tipo 276
B) Tratamiento jurídico-positivo 279
a) Error sobre elementos esenciales 279
b) Error sobre elementos accidentales 281
a') Error sobre elementos que elevan la pena 281
b') Error sobre elementos que disminuyen la pena 282
C) Modalidades particulares de error 283
a) Error sobre el objeto 283
b) Error sobre el proceso causal 284
c) *Aberratio ictus* 285
3. Los elementos subjetivos del tipo (o del injusto) 286
A) Noción 287
B) Clases 287
C) Ausencia de elementos subjetivos requeridos por el tipo 288

LECCIÓN 11. EL TIPO IMPRUDENTE DE ACCIÓN. — LA PRETERINTENCIONALIDAD 289
I. El tipo imprudente 292
1. Concepto, incriminación y clases de la imprudencia 292
A) Concepto 292
B) Incriminación 293
C) Clases 294

2. Naturaleza: de la concepción psicológica a la normativa 297
A) Concepción psicológica 297
B) Teoría normativa 297
3. Estructura del tipo imprudente 298
A) La infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción) 299
B) Causación del resultado e imputación objetiva 304
II. Preterintencionalidad y delitos cualificados por el resultado 310

LECCIÓN 12. EL TIPO DE OMISIÓN 313
I. Concepto 318
II. Ubicación sistemática 319
III. Acción y omisión en casos límite 320
IV. Clases: omisión pura y comisión por omisión 321
V. La admisión de la comisión por omisión no expresamente tipificada en el Derecho español 323
VI. El tipo de omisión pura 324
1. Peculiaridades del tipo objetivo 324
2. Peculiaridades del tipo subjetivo 325
VII. El tipo de comisión por omisión 326
1. Peculiaridades del tipo objetivo 326
A) Posición de garante 327
a) Función de protección de un bien jurídico 330
b) Deber de control de una fuente de peligro 333
B) Producción de un resultado 338
C) Capacidad de evitar el resultado 338
2. Peculiaridades del tipo subjetivo 340

LECCIÓN 13. TIPOS DE IMPERFECTA REALIZACIÓN: ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y TENTATIVA 341
I. Consideraciones generales 345
1. Planteamiento 345
2. Fase interna y fase externa del delito 346
3. Fundamento de la punición de fases anteriores a la consumación 347
A) Teorías objetivas 347
B) Teorías subjetivas 347
C) Teorías mixtas 348
D) Toma de posición 348
4. Naturaleza jurídica 349
II. Actos preparatorios punibles 350
1. Consideraciones generales 350
A) Punibilidad 350

B) Fundamento 351
C) Naturaleza jurídica 351
2. La conspiración 351
3. Proposición, provocación y apología 352
III. La tentativa 355
1. Generalidades 355
2. La parte objetiva del tipo de la tentativa 356
A) El comienzo de ejecución 356
B) Ejecución parcial o total 359
3. La parte subjetiva del tipo de la tentativa 362
4. Tentativa acabada, consumación y terminación (o agotamiento) del delito 364
IV. El delito imposible (tentativa inidónea) 364
V. El desistimiento voluntario 368

LECCIÓN 14. TIPOS DE AUTORÍA Y TIPOS DE PARTICIPACIÓN: CONCEPTO DE AUTOR Y AUTORÍA MEDIATA 373

I. El concepto de autor 376
1. Sentido doctrinal y sentido legal del término «autor» 376
2. El concepto unitario de autor 379
3. El concepto extensivo de autor 380
4. El concepto restrictivo de autor 381
A) Teoría objetivo-formal 382
B) Teoría objetivo-material 382
C) La teoría del dominio del hecho 383
D) Posición personal 385
E) Concepto de autor en los delitos imprudentes 386
II. La autoría mediata 390
1. Concepto 391
2. Los casos de autoría mediata 392
A) Instrumento que actúa sin antijuridicidad 392
a) Falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo 392
b) Falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo 394
c) Concurrencia de causas de justificación 395
B) Instrumento que actúa sin posibilidad de imputación personal 395
3. Tentativa y omisión en la autoría mediata 396
4. Límites de la autoría mediata 397

LECCIÓN 15. TIPOS DE AUTORÍA Y TIPOS DE PARTICIPACIÓN: COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN 399
I. La coautoría 403
1. Concepto 403
2. Delimitación de la coautoría 404
II. La participación 409
1. Consideraciones generales 409
2. Fundamento del castigo de la participación 410
3. La accesoriedad de la participación 412
4. La inducción 417
5. La cooperación 422

LECCIÓN 16. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD. – LEGÍTIMA DEFENSA 429
I. Ausencia de antijuridicidad: consideraciones generales 432
II. La legítima defensa 442
1. Fundamento 444
2. Requisitos 446
A) Agresión ilegítima 447
a) La agresión 447
b) La ilegitimidad de la agresión 449
c) Actualidad de la agresión 450
d) El problema de la riña 451
B) Defensa necesaria 452
a) Bienes defendibles 452
b) Necesidad de la defensa 453
c) Elemento subjetivo de la defensa 455
C) La falta de provocación suficiente 455
3. La legítima defensa putativa 457

LECCIÓN 17. ESTADO DE NECESIDAD 459
I. Concepto 461
1. Definición 461
2. Estado de necesidad, legítima defensa y cumplimiento de un deber 462
A) Estado de necesidad, legítima defensa y cumplimiento de un deber 462
B) Estado de necesidad y colisión de deberes 464
II. Fundamento y clases 466

III. Elementos 470
1. El estado de necesidad 471
A) Peligro de un mal propio o ajeno 471
B) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otra persona o de infringir un deber 476
a) La lesión de un bien jurídico de otra persona o infracción de un deber 477
b) La necesidad (carácter absoluto) 478
C) El elemento subjetivo 479
2. «Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar».. 480
3. «Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto» 484
4. «Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse» 486
IV. Estado de necesidad putativo 488

Lección 18. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO. LA OBEDIENCIA DEBIDA 489
I. Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho 491
1. Fundamento, naturaleza y función del art. 20, 7º CP 491
2. Contenido del art. 20, 7º 494
3. Cumplimiento de un deber 494
4. Ejercicio de un derecho 499
A) Derechos no procedentes de un oficio o cargo 500
B) Derechos procedentes de un oficio o cargo 504
II. La obediencia debida 508
1. Planteamiento 508
2. Las órdenes antijurídicas 508
3. Requisitos de forma 509
4. Requisitos de contenido 510
5. Fundamento y naturaleza dogmática 514
6. La obediencia doméstica y laboral 516

Lección 19. ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD: CONSENTIMIENTO Y ADECUACIÓN SOCIAL 519
A.EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA 522
I. Concepto y clases 522
II. Naturaleza dogmática 524
III. Ámbito de aplicación 526
IV. Requisitos 531
V. El consentimiento presunto 533
B.LA ADECUACIÓN SOCIAL 534

LECCIÓN 20. LA IMPUTACIÓN PERSONAL: TEORÍA GENERAL 539
I. Imputación personal y culpabilidad 544
II. Evolución histórico-dogmática de la categoría de culpabilidad 545
1. La concepción psicológica de la culpabilidad 545
2. La concepción normativa de la culpabilidad 547
3. La concepción «puramente normativa» del finalismo 548
III. Antijuridicidad e imputación personal 549
IV. Las condiciones de la imputación personal del injusto penal 551
1. La infracción personal de una norma de determinación 551
2. La responsabilidad penal del sujeto 553
V. Fundamento material de la imputación personal 554
1. La doctrina de la libertad de voluntad 554
2. La idea de la necesidad de pena 555
3. La posibilidad de motivación normativa como condición de la infracción de una norma de determinación 557
4. La anormalidad motivacional como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal 557

LECCIÓN 21. EL ERROR DE PROHIBICIÓN 563
I. Planteamiento 565
II. Naturaleza dogmática y tratamiento jurídico en la doctrina 565
III. Problemática del error de prohibición en España 572

LECCIÓN 22. INIMPUTABILIDAD. LA ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA NO TRANSITORIA 579
I. La inimputabilidad en general 581
II. La anomalía o alteración psíquica no transitoria 585
1. Evolución histórica de la eximente. Fórmulas biológicas, psicológicas y mixtas 585
2. Análisis de la eximente 587
A) El presupuesto psiquiátrico: la «anomalía o alteración psíquica» no transitoria 587
B) El efecto de inimputabilidad 591
3. Las medidas de seguridad previstas 595

LECCIÓN 23. INIMPUTABILIDAD: TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, MINORÍA DE EDAD Y ALTERACIÓN DE LA PERCEPCIÓN 599
I. El trastorno mental transitorio 601
1. Origen histórico 602
2. El efecto psicológico del trastorno mental transitorio 603

3. Elementos diferenciales respecto de las anomalías o alteraciones psíquicas duraderas 604
4. La no provocación del delito 606
5. La intoxicación por alcohol u otras drogas 606
6. El síndrome de abstinencia 609
7. Medidas de seguridad 609
II. La minoría de edad penal 610
III. La alteración de la percepción como eximente 614

Lección 24. NO EXIGIBILIDAD» Y MIEDO INSUPERABLE 617
I. «No exigibilidad» y causas de exculpación 618
II. El miedo insuperable 623
1. Significado y fundamento 623
2. Análisis 625
A) El miedo insuperable 625
B) El miedo causado por error 626

Lección 25. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD 629
I. Las circunstancias modificativas en general 630
II. Circunstancias atenuantes 634
1. Eximentes incompletas 634
2. Las atenuantes ordinarias 636
A) Clasificación 636
B) Atenuantes que disminuyen el grado de imputación personal 636
a) La adicción como atenuante 636
b) Estado pasional (art. 21, 3ª) 637
C) La confesión de la infracción (art. 21, 4ª) y la reparación del daño (art. 21, 5ª), como circunstancias posteriores al delito .. 639
3. La atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP) 641
4. Las atenuantes analógicas 644

Lección 26. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS (CONTINUACIÓN: AGRAVANTES Y MIXTA) 647
I. Naturaleza dogmática de las circunstancias agravantes 648
II. Clasificación de las circunstancias agravantes 649
1. Circunstancias objetivas 649
2. Circunstancias subjetivas 649
III. Análisis de las distintas agravantes 650
1. Circunstancias objetivas 650
A) Agravantes que denotan mayor peligrosidad del hecho 650
a) Por la especial facilidad de comisión 650

b) Por la especial facilidad de impunidad 653
c) Por ambas razones 653
B) El ensañamiento como agravante que supone un ataque más extenso 653
2. Circunstancias subjetivas 654
A) Circunstancias que expresan un móvil particularmente indeseable 654
a) El precio, la recompensa o la promesa 654
b) Motivos racistas y otros discriminatorios 656
B) La reincidencia, como circunstancia que expresa una actitud más contraria al Derecho 657
a) Elemento de pasado 659
b) Elemento de presente 660
c) Elemento relacional 661
IV. La circunstancia mixta de parentesco 662

LECCIÓN 27. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS. CONCURSO DE LEYES 665
I. La unidad de hecho (o de acción) 667
II. El concurso de delitos 674
1. El concurso ideal de delitos 674
2. El concurso medial (delito medio para cometer otro) 677
3. Tratamiento del concurso ideal y del concurso medial 678
4. El concurso real 680
III. El concurso de leyes 681
1. Concepto 681
2. Los principios de solución del concurso de leyes 683
A) Principio de especialidad 683
B) Principio de subsidiariedad 684
C) Principio de consunción 685

TERCERA PARTE
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

LECCIÓN 28. EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL: GENERALIDADES. – LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE 691
I. Líneas generales de evolución de los sistemas penales contemporáneos 693
II. Orientación político-criminal del sistema de penas del Código penal 696
III. El sistema de penas del Código penal en general 699
IV. La abolición de la pena de muerte 703

LECCIÓN 29. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, SU SUSPENSIÓN Y SU SUSTITUCIÓN 711
I. Evolución histórica 714
II. Las penas privativas de libertad en el Código penal 719
III. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad 725
IV. La sustitución de la pena 736

LECCIÓN 30. LAS DEMÁS PENAS 741
I. Penas privativas de otros derechos 742
1. Planteamiento 742
2. Penas de inhabilitación 743
3. La privación de otros derechos 745
4. El trabajo en beneficio de la comunidad 747
5. Penas accesorias 748
II. La pena de multa 750

LECCIÓN 31. DETERMINACIÓN DE LA PENA 757
I. Planteamiento 758
II. Determinación legal, determinación judicial y determinación penitenciaria de la pena 759
III. Evolución de la determinación de la pena en el Derecho español ... 761
IV. La determinación legal de la pena en el Código penal vigente 762
1. La determinación del marco penal 762
2. La concreción legal del marco penal 765
V. La determinación judicial de la pena 768

Lección 32. CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD 775
I. Cumplimiento de las penas privativas de libertad e individualización penitenciaria de la pena 777
II. Bases legales del cumplimiento de la pena 778
III. La individualización administrativa y judicial 783

LECCIÓN 33. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS 793
I. Extinción de la responsabilidad penal 794
1. Planteamiento 794
2. Causas de extinción 794
A) La muerte del sujeto 795
B) El cumplimiento de la condena 795

C) Remisión definitiva de la pena 796
D) El indulto 796
E) El perdón del ofendido 798
F) La prescripción del delito y de la pena 799
II. Los antecedentes penales y su cancelación 815
1. Los antecedentes penales 815
2. La cancelación de antecedentes penales 816

Lección 34. MEDIDAS DE SEGURIDAD, CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS 819
A.LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD 820
I. Antecedentes 820
II. Principios generales del sistema de medidas de seguridad 821
III. Medidas de seguridad imponibles 822
IV. En especial, la nueva medida de seguridad de libertad vigilada 825
V. Cesación, sustitución, suspensión y quebrantamiento de las medidas de seguridad 829
B.LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS 831
I. El comiso 831
II. La nueva consecuencia accesoria de obtención y registro de identificadores de ADN 836
III. Medidas aplicables a entidades sin personalidad jurídica 837
C. PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS 838
I. Rasgos fundamentales del nuevo sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica 839
II. Vías de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica 841
III. Responsabilidad penal de la persona jurídica y responsabilidad del autor del delito 844
IV. Circunstancias atenuantes 845
V. Penas previstas para personas jurídicas 847
VI. Determinación de la pena 848

ÍNDICE ANALÍTICO 851

PRÓLOGO
A LA DÉCIMA EDICIÓN

El objeto principal de esta 10ª edición es la incorporación de la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha entrado en vigor el 1 de julio de este mismo año. Ha afectado a numerosos preceptos del Código. En su mayoría corresponden a su Parte Especial, pero no son pocos los que aquí más importan, los propios de la Parte General –como los relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, muy especialmente, los que introducen la eufemísticamente llamada "prisión permanente revisable", que no es más que una verdadera cadena perpetua difícilmente compatible con la Constitución–. En segundo lugar, importaba actualizar también la jurisprudencia y la bibliografía. Por último, se ha efectuado una revisión general de la obra.

El Prof. Dr. Víctor Gómez Martín, que se había encargado de la anterior edición, se ha ocupado ahora del grueso de la actualización legislativa y de la jurisprudencia. Vicente Valiente Iváñez ha revisado y enriquecido significativamente la bibliografía. Por mi parte, además de coordinar el conjunto, he acometido una revisión general del texto que ha incluido numerosos retoques y modificaciones. La de mayor alcance se refiere al nuevo tratamiento sistemático de las "penas" previstas para personas jurídica, que incluyo en la última Lección de este libro, junto a las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias para entidades sin personalidad jurídica. Con ello quiero enfatizar que las "penas" para personas jurídicas tienen una naturaleza más próxima a la de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias que a la de las penas clásicas.

Santiago Mir Puig
En Barcelona, agosto de 2015

ABREVIATURAS

ADPCP = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.

AFDUAM = Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

AJA = Actualidad Jurídica Aranzadi.

AP = Actualidad Penal.

Art. = Artículo.

AT = Allgemeiner Teil (Parte General).

ATS = Auto del Tribunal Supremo.

Bol. Inf. Mº Just. = Ministerio de Justicia. Boletín de Información.

Const. = Constitución.

coord./coords. = Coordinador/coordinadores.

CC = Código civil.

CDJ = Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial.

CJM = Código de Justicia Militar.

CP = Código penal.

CPC = Cuadernos de Política criminal.

DAR = Deutsches Autorecht.

dir./dirs. = Director/directores.

DJ = Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik. Amtl. Organ des Reichsministers der Justiz.

DJT-Festschrift = Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960.

doc. dom. = Doctrina dominante.
DP = Doctrina Penal Argentina.
DRIZ = Deutsche Richterzeitung.
EDJ = Estudios de Derecho Judicial.
ed. es. = Edición española
EPCr = Estudios Penales y Criminológicos.
FamRZ = Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, después: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
GA = 1880-1933: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, fundado por Th. Goltdammer. A partir de 1953: Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
GS = Der Gerischtssaal.
HRRS = Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht.
Infor. Jur. = Información Jurídica.
JA = Juristiche Arbeitsblätter.
JBl = Juristische Blätter.
JR = Juristische Rundschau.
JRE = Jahrbuch für Recht und Ethik
JurA = Juristische Analysen.
JuS = Juristische Schulung.
JZ = Juristenzeitung.
KrimJ = Kriminologisches Journal.
KritV = Kritische Vierteljahriesschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LECr = Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LH = Libro Homenaje, Estudios en honor, Estudios a la memoria, Homenaje a....
LOGP = Ley Orgánica General Penitenciaria.
LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPRS = Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
LRPM = Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores.
MDR = Monatsschrift für deutsches Recht.

MSchrKrim = Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.

NEJ = Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, Barcelona.

Niederschriften = Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskomission. T. I-V, 1956-58, t.XI-XIV, 1959-60.

NJ = Neue Justiz.

NJW = Neue Juristische Wochenschrift.

NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht.

NPP = Nuevo Pensamiento Penal. Buenos Aires.

ÖJZ = Österreichische Juristenzeitung.

ÖRIZ = Österreichische Richterzeitung.

Öst.ZStr = Österreichische Zeitschrift für Strafrecht.

PE = Parte Especial.

PG = Parte General.

PJ = Poder Judicial.

RCCP = Revista Canaria de Ciencias Penales.

Rechtstheorie = Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kibernetik und Soziologie des Rechts.

RDCir = Revista de Derecho de la Circulación.

RDP = Revista de Derecho Penal. Ed. Lex Nova.

Rev. Dº pen. = Revista de Derecho Penal. Argentina.

RDPC = Revista de Derecho penal y Criminología. Argentina.

RDPCr = Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, UNED, Madrid.

RDPP = Revista de Derecho y Procesal Penal. Ed. Aranzadi.

Rev. Dr. pén. et crim. = Revue de droit pénal et de criminologie.

RGDP = Revista General de Derecho penal.

REDM = Revista española de Derecho militar.

RECPC = Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

REP = Revista de Estudios penitenciarios.

RFDUC = Revista Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

RGD = Revista General del Derecho.

RGLJ = Revista general de Legislación y Jurisprudencia.
Rint.DP = Revue internationale de droit pénal.
Rit.DP = Rivista italiana di diritto e procedura penale.
RJCat = Revista Jurídica de Cataluña.
ROW = Recht in Ost und West.
RP = Revista Penal. Ed. Praxis.
RPJ = Revista del Poder Judicial.
RSc.Crim = Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
RTJAP = Revista de los Tribunales de Justicia y Audiencias Provinciales. Ed. Aranzadi.
RJUAM = Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.
SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial.
SchwZStr. = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
Sistema = Sistema. Revista de Ciencias sociales.
SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung.
STC = Sentencia del Tribunal Constitucional.
StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).
STS = Sentencia del Tribunal Supremo.
TC = Tribunal Constitucional.
TS = Tribunal Supremo.
WISTRA = Zeitschrift für Wirtschaft Steuer Strafrecht.
ZBJV = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZfRV = Zeitschrift für Rechtsvergleichung.
ZIS = Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.
ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZStR = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

OBRAS GENERALES

Antolisei/Conti, Istituzioni di Diritto Penale, 2000.

Antón Oneca, en Antón Oneca/Rodríguez Muñoz, Derecho penal, I, 1949, 2ª ed., 1986 (=Antón Oneca, PG).

Arlucea, Lecciones de teoría jurídica del delito, 1999.

Bacigalupo, Principios de Derecho penal, Parte General, 4ª ed., 1997 (=Bacigalupo, Principios).

Bacigalupo, Teoría y práctica del Derecho penal, 2009.

Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11ª ed., 2003.

Berdugo Gómez de la Torre et al., Curso de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., 2010.

Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero/García Rivas/Farré Olivé/Serrano Piedecasas, Lecciones de Derecho penal, Parte General, 2ª ed., 1999.

Bettiol/Mantovani, Diritto penale, Parte Generale, 12ª ed., 1986.

Bockelmann/Volk, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª ed., 1987 (=Bockelmann, AT).

Berdugo/Arroyo/García Rivas/Farré Olivé/Serrano Piedecasas, Lecciones de Derecho penal, Parte General, 1999.

Blanco Lozano, Derecho penal, Parte General, 2003.

Bustos Ramírez, Manual de Derecho penal español, Parte General, 4ª ed., de Hormazábal Malarée, 1994 (=Bustos/Hormazábal, PG).

Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, Lecciones de Derecho Penal, Vol. II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, 1999.

Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2006.

Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, Derecho Penal: Parte General, Vol. I, 2ª ed., 2001.

Camargo Hernández, Introducción al estudio del Derecho penal, 1964 (=Camargo, Introducción).

Carbonell Mateu, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., 1999.

Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español, Parte General, II, 6ª ed., 1998 (=Cerezo, PG).

Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español, Parte General, I, 6ª ed., con adenda 2007, PG II 6ª ed., con adenda 2007, PG III 6ª ed., con adenda 2007.

Cirino dos Santos, Direito Penal. Parte Geral, 5ª ed., 2012.

Cobo del Rosal (dir.), Comentarios a la legislación penal, varios volúmenes, que han ido apareciendo desde 1982.

Cobo del Rosal/Quintanar Díez, Instituciones de Derecho penal español, Parte General, 2008.

Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código Penal, T. I, II, III y IV, 1999/2000.

Cobo del Rosal (coord.), Derecho penal español, Parte Especial, 2ª ed., 2005.

Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código Penal, I a IX EDERSA, desde 1999, y X, CESEJ, desde 2006.

Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., 1999 (=Cobo/Vives, PG, 5ª ed.).

Córdoba Roda, Notas de derecho penal español a Maurach, Tratado de Derecho penal, 1962 (=Córdoba, Notas).

Córdoba Roda /Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal, I (por Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo y Casabó Ruíz) y II (por Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Del Toro y Casabó Ruíz), 1972 (=Córdoba, Comentarios; Rodríguez Mourullo, Comentarios; Casabó, Comentarios).

Cuello Calón, Derecho penal, Parte General, 18ª ed., puesta al día por Camargo, 1981 (=Cuello Calón, PG).

Cuello Contreras, El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General, I, 1993.

Cuello Contreras, El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias., 2ª ed., 1996.

Cuello Contreras, Curso de Derecho penal. Parte General, 2ª ed., 2014.

Demetrio Crespo (coord.) *et al*., Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, II. Teoría del delito, 2011.

Díez Ripollés, Derecho penal español. Parte General en esquemas, 2011.

Etcheberry, Derecho penal, Parte General, T. I y II, 3ª ed., 2010.

Fernández Carrasquilla, Derecho penal fundamental, 2ª ed., Bogotá, 1986; 3ª ed., Bogotá, 2004.

Fernández Carrasquilla, Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico-penal, Bogotá-Medellín, 2002.

Ferrer Sama, Comentarios al Código Penal, I, 1946, II, 1947, III, 1948, IV, 1956 (=Ferrer Sama, Comentarios).

Fiandaca/Musco, Diritto penale. Parte Generale, 2ª ed., 1995, 3ª ed., 1996, 5ª ed., 2007, 6ª ed., 2010.

Figueiredo Dias, Direito penal, Parte Geral, T. I, Coimbra 2004, 2ª ed., 2007.

Flávio Gomes/García-Pablos/ Bianchini, Direito Penal, v. 1, Introdução e princípios fundamentais, 2009.

Flávio Gomes/García-Pablos, Direito penal, v. 2, Parte Geral, Sao Paulo 2007.

Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2ª ed., 2009.

Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5ª ed., 2011.

García-Pablos de Molina, Derecho Penal. Introducción, 1995, 2ª ed., 2000 (=García-Pablos, Introducción).

García-Pablos, Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal, 5ª ed., 2012.

Gil Gil (coord.) *et al.*, Curso de Derecho penal. Parte General, 2011.

Gimbernat Ordeig, Introducción a la Parte General del Derecho penal español, 1979 (=Gimbernat, Introducción).

Gómez Benítez, Teoría jurídica del delito. Derecho penal, Parte General, 1984.

Gómez de la Torre *et al.*, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. T. I. Introducción al Derecho penal, 2010.

Gómez Lanz/Obregón García, Derecho penal. Parte General: elementos básicos de teoría del delito, 2012.

Gómez Rivero/Martínez González/Núñez Castaño, Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., 2010.

Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito, 4ª ed., 2012.

Groizard y Gómez de la Serna, El Código Penal de 1870, concordado y comentado, I, 3ª ed., II, 3ª ed., 1924. (=Groizard, Código penal).

Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2005.

Haft, Strafrecht, Allgemeiner teil. Eine Einführung für Anfangssemester, 9ª ed., 2004.

Hassemer, Fundamentos del Derecho penal, trad. y notas de Muñoz Conde/Arroyo, 1984.

Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 2ª ed., 1988 (reimpresión 2011).

Hurtado Pozo, Manual de Derecho penal. Parte General, I, 3ª ed., Lima 2005.

Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1983, 2ª ed., 1993 (= Jakobs, AT). Hay trad. al español de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 1995.

Jescheck, Tratado de Derecho penal, trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981 (=Jescheck, Tratado).

Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5ª ed., 1996. Hay trad. Al español de Olmedo, 2ª ed. 2002.

Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho penal, Buenos Aires, I y II, 3ª ed., 1964, III, 3ª ed., 1965, IV, 2ª ed., 1961, V, 2ª ed., 1963, VI, 1962, VII, 1970 (existe una reimpresión total de 1976-77) (=Jiménez de Asúa, Tratado).

Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., 1997.

Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7ª ed., 2012.

Kuhlen/Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat, 6ª ed., 2011.

Landecho Velasco/Molina Blázquez, Derecho penal español. Parte General, 8ª ed., 2010.

Landrove Díaz, Introducción al Derecho penal español, 6ª ed., 2004.

Landrove Díaz, Las consecuencias jurídicas del delito, 5ª ed., 2002.

Lascuraín Sánchez (coord.) *et al.*, Introducción al Derecho penal, 2011.

Leipziger Kommentar, desde 1992 ed. por Jähnke/Laufhütte/Odersky.

v. Liszt, Tratado de Derecho penal, trad. y adiciones de Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa, tres vol. 1914-1929 (=von Liszt, Tratado).

López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho penal. Parte General, 2010.

Luzón Cuesta, Compendio de Derecho Penal. Parte General, 20ª ed., 2010.

Luzón Peña, Curso de Derecho penal, Parte General, I, 1996.

Luzón Peña, Lecciones de Derecho penal, Parte general 2ª ed., 2012

Mantovani, Diritto Penale, 6ª ed., 2009.

Mantovani, Principi di Diritto Penale, 6ª ed., 2008.

Mapelli Caffarena, Las consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., 2005.

Mapelli Caffarena /Terradillos Basoco, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1996.

Maqueda Abreu/Laurenzo Copello, El Derecho penal en casos. Parte General. Teoría y práctica, 3ª ed., 2011.

Marinucci/Dolcini, Corso di Diritto Penale, 3ª ed., 2001.

Marinucci/Dolcini, Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, 2009.

Martínez-Buján, Derecho penal económico y de la empresa, Parte General, 3ª ed., 2011.

Martos Núñez, Derecho Penal. Parte General: fundamentos del Derecho penal, 2002.

Maurach, Tratado de Derecho penal, trad. y notas de Córdoba Roda, 1962 (=Maurach, Tratado).

Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1, 7ª ed., 1987, (=Maurach/Zipf, AT) (hay trad. de Bofill/Aimone, Buenos Aires, 1994), 8ª ed., 1992; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2, 7ª ed., 1989 (hay trad. de Bofill, Buenos Aires, 1995).

Mayer, Helmuth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967.

Mayer, Max Ernst, Derecho Penal, Parte General, trad. de Politoff, Buenos Aires, 2007.

Merkel, Derecho penal, Parte General, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

Mezger, Tratado de Derecho penal, trad. y notas de Rodríguez Muñoz, 1ª ed., 1935 (=Mezger, Tratado).

Mir Puig, S., Introducción a las bases del Derecho penal, 1976 (=Mir Puig, Introducción), 2ª ed., Montevideo, 2002.

Mir Puig, S., Direito penal. Fundamentos e teoria do delito, trad. Viana García/Nobre Porciuncula, Sao Paulo, 2007.

Morillas Cueva, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal, 2010.

Morillas Cueva/Ruiz Antón, Manual de Derecho penal, Parte General, I, Introducción y Ley penal, dirigida por Cobo del Rosal, 1992.

Muñoz Clares/Olmo Fernández, Derecho penal I. Configuración jurídica del delito, 2015.

Muñoz Conde, Introducción al Derecho penal, 2003 (=Muñoz Conde, Introducción).

Muñoz Conde, Teoría del delito, Bogotà, 1984, Valencia, 1989.

Muñoz Conde, Teoría general del delito, 4ª ed., 2007.

Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte General, 8ª ed., 2010.

Muñoz Conde/Hassemer, Introducción a la Criminología y a la Política Criminal, 2012.

Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal, Parte General. 7ª ed., 2007 (=Muñoz Conde/García Arán, PG, 7ª ed.).

Naucke, Strafrecht: eine Einführung, 9ª ed., 2000.

Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, Derecho penal, Parte General. Teoría jurídica del delito, 2ª ed., 1986.

Orts Berenguer/González Cussac, Compendio de Derecho penal (Parte General y Parte Especial), 4ª ed., 2014.

Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7ª ed., 2004.

Pacheco, El Código penal concordado y comentado, I, 1ª ed., 1848, 4ªed., 1870 (=Pacheco, Código penal).

Pagliaro, Principi di Diritto Penale. Parte Generale, 8ª ed., 2003.

Pérez Daza, Derecho Penal. Introducción. Tomo I, México, 2008.

Polaino Navarrete, Derecho penal, Parte General, I y II, 6ª ed., 2008.

Polaino Navarrete, Lecciones de Derecho penal, Parte General, 2ª ed., 2015.

Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., 2011.

Quintanar Díez, Elementos de Derecho penal. Parte General, 2014.

Quintano Ripollés, Curso de Derecho penal, 1963 (=Quintano, Curso).

Quintano Ripollés, Comentarios al Código Penal, 2ª ed., por Gimbernat, 1966 (=Quintano, Comentarios).

Quintero Olivares, Introducción al Derecho penal, 1981 (=Quintero, Introducción).

Quintero Olivares, con la colaboración de Morales Prats y Prats Canut, Curso de Derecho penal, Parte General, 1998 (=Quintero/Morales/Prats, PG).

Quintero Olivares, Manual de Derecho penal, Parte General, 2ª ed., 2000.

Quintero Olivares, Parte General del Derecho penal, 4ª ed., 2010.

Reyes Echandía, Derecho penal, 11ª ed., Bogotá, 1987.

Roca Agapito, El sistema de sanciones en el Derecho penal español, 2007.

Rodríguez Devesa, Derecho penal español, Parte General, 8ª ed., 1981 (=Rodríguez Devesa, PG).

Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, Derecho penal español, Parte General, 18ª ed., 1995.

Rodríguez Mourullo, Derecho penal, Parte General, I, 1977 (=Rodríguez Mourullo, PG).

Rodríguez Muñoz, Notas al Tratado de Mezger cit. (=Rodríguez Muñoz, Notas).

Rodríguez Ramos, Compendio de Derecho penal, Parte General, 2ª ed., 1985.

Rodríguez Ramos, Compendio de Derecho penal: Parte General, 2ª ed., 2010.

Romano, Commentario sistematico del Codice Penale, 2ª ed., 1995.

Romero Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar, Derecho Penal. Parte General. Introducción jurídica del delito, 2013.

Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, 3ª ed., 1997, 4ª ed., 2006, II, 2003. (=Roxin, AT). Hay trad. al español de la 2ª ed. de Luzón Peña/Díaz y García/De Vicente Remesal, 1997.

Roxin/Arzt/Tiedemann, Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal, trad., notas y comentarios de Arroyo Zapatero/Gómez Colomer, 1988.

Rudolphi/Horn/Günther/Samson, Systematischer Kommentar zum StGB, 7ªed., 1999 (=SK 1999).

Rusconi, Derecho Penal. Parte General. 2ª ed., 2009.

Salazar Martín, Teoría del delito, Bogotá, 2007.

Sánchez-Ostiz/Íñigo Corroza, Delictum 2.0. Materiales para clases prácticas de introducción a la Teoría general del delito, 3ª ed., 2015.

Sáinz Cantero, Lecciones de Derecho penal, I, 1981, II, 2ª ed., 1985, 3ª ed., 1990 (=Sáinz Cantero, Lecciones).

Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 3ª ed., 1985 (=Schmidhäuser, AT 1985).

Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1990 (=Schmidhäuser, AT 1990)

Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 28ª ed., 2010.

Seelmann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2007.

Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª ed., 2010.

Silvela, El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, I, 1874, II, 1879 (=Silvela, Derecho penal).

Souza Queiroz, Direito penal. Introduçao critica, 2002.

Stampa Braun, Introducción a la ciencia del Derecho penal, 1953 (=Stampa, Introducción).

Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner, Teil, I, 4ª ed. 2000, 5ª ed., 2004, (=Stratenwewerth, AT).

Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat, 6ª ed., 2011.

Stratenwerth, Derecho penal, Parte General, I, trad. al español de G. Romero, 1982.

Stratenwerth, Derecho penal, Parte General, I. El hecho punible, trad. al español de Cancio/Sancinetti, 2005.

Suárez-Mira Rodríguez (coord.), Manual de Derecho penal. T. I. Parte General, 6ª ed., 2011.

Suay, Celia, Introducción al Derecho penal sustantivo y procesal, 3ª ed., 2004.

Triffterer, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., 1994 /(=Triffterer, AT).

Villa Stein, Derecho Penal. Parte General, 2008.

Vives Antón, (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, 2 vol., 1996.

Vives Antón, Fundamentos del sistema penal, 2ª ed., 2011.

Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969 (=Welzel, Lb).

Welzel, Derecho penal alemán, trad. al español de Bustos/Yáñez, Santiago de Chile, 1976.

Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40ª ed., 2010.

Zaffaroni, Tratado de Derecho penal, Parte General, 5 vol., Buenos Aires, 1980, 1982, 2006.

Zaffaroni, Manual de Derecho penal, Parte General, 2010
Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho penal, Parte General, 2005.
Zugaldía Espinar, Fundamentos de Derecho Penal, 4ª ed., 2010.
Zugaldía Espinar (dir.), Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., 2004.
Zugaldía Espinar, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 2015.

Primera Parte
EL DERECHO PENAL

Lección 1.
EL DERECHO PENAL

Bibliografía

Abel Souto, Denominación y concepto de Derecho penal, en Derecho Penal 11 (Rosario, Arg., ed. Iuris), 2005, pp. 13 ss.; *Agulló*, «Non bis in idem», contrabando y tráfico de drogas, en Boix/Rodríguez Marín/Vives (ed.), Problemática jurídica y psico-social de las drogas, 1987, pp. 13 ss.; *Alastuey*, La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, 2000; *Albrecht/Sieber*, Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006; *Alcácer*, Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal, AP 2001-1, pp. 229 ss.; *Arroyo*, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, Rev. española de Derecho Constitucional, nº 8 (1983), pp. 9 ss.; *el mismo*, Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución, en Rev. Jur. de Castilla-La Mancha, nº 1 (1987), pp. 99 ss..; *el mismo*, Control Constitucional del Derecho y de la Justicia penal, CPC nº17 (1982), pp. 385 ss.; *el mismo*, El Derecho penal económico en la RFA, en Los delitos socio-económicos, 1985, pp. 100 ss.; *Bajo/Mendoza*, Hacia una ley de contravenciones: el modelo portugués, ADPCP 1983, pp. 567 ss.; *Benlloch*, El principio non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, RPJ (51) 1998, pp. 303 ss.; *Bergalli/Bustos/González Zorrilla/Miralles/De Sola/Viladás*, El pensamiento criminológico, II, 1983; *Beristain*, Concepto y método del Derecho criminal, en CPC, nº 6 (1978), pp. 59 ss.; *Beristain (ed.)*, Victimología (VIII Cursos de verano en San Sebastián), 1990; *Bohnert*, Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984, pp. 11 ss.; *Bolle*, Le sort de la victime des actes de violence en droit pénal suisse, en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 53 ss.; *Carpio*, Derecho penal europeo: ¿Imperio de la ley o fagocitación de competencias para imperar?, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Carretero/Carretero*, Derecho administrativo sancionador, 1992; *Casabó*, La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de CP, en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980; *Castejón*, Teoría de la continuidad de los Derechos civil y penal, 1949; *Cerezo*, Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, ADPCP 1975, pp. 159 ss.; *el mismo*, Consideraciones político-criminales sobre el nuevo CP de 1995, La Ley, 1996-3, pp. 1470 ss.; *Cid/Larrauri*, Teorías criminológicas, 2001; *Cobo*, Prevención y peligrosidad social..., en el libro colectivo, Peligrosidad social y medidas de seguridad, Univ. Valencia, 1974; *Cobo/Boix*, Perfil constitucional de la extradición, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, I, 1982; *Corcoy/Gallego*, Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental (Comentario a la STC 177/1999), AP 2000-1, pp. 159 ss.; *De la Cuesta*, Presupuestos Fundamentales del derecho penal, Eguzkilore, nº 3 (1989), pp. 55 ss.; *Díaz y García*, *Ne bis in idem* material y procesal, en Rev. de Dº, Univ. Centroamericana, nº 9, 2004; *Donini*, Europeismo giudiziario e Scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte, 2011; *Eser*, Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, en Eser y otros, De los delitos y de la víctimas, 1992, pp. 15 ss.; *Freund*, Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht. Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln, GA, 2010; *García Albero*, La relación entre el ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 295 ss.; *García de Enterría*, La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración, en el mismo, La Constitución como norma y

el TC, 1981; *García-Pablos*, La resocialización de la víctima..., en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 193 ss.; *el mismo*, Criminología, 4ª ed., 2001; *Garro*, Reparación del daño e individualización de la pena, 2005; *Gimbernat*, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal, 1999; *Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, reimpr. 1969; *Gómez Tomillo*, Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, AP 2000-1, pp. 69 ss.; *Gómez Tomillo/Pardo Álvarez*, Infracciones culposas en el Derecho administrativo sancionador y principios del Derecho penal, CPC (70) 2000, pp. 73 ss.; *González Rus*, Penas, sanciones administrativas y medidas de seguridad en infracciones de tráfico, en RDCir, 1985, pp. 179 ss.; *Guisasola*, La identidad del sujeto sancionado como presupuesto del derecho al *ne bis in idem*, en RDPP nº 10, 2003; *Hassemer*, Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social, trad. de M. T. Castiñeira, en Mir Puig (ed.), Derecho penal y Ciencias sociales, 1982; *Hernández-Romo/González Cussac*, ¿Existe el principio de "la ley especial deroga la ley general" en materia penal?: la confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, en RP (29) 2012; *Hirsch*, Die Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, en Festschrift für K. Engisch, 1969, pp. 304 ss.; *el mismo*, La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal con especial referencia a la reparación, CPC, nº 42 (1990); *Hortal*, La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo "resolver" la cuadratura del círculo, InDret 4/2014; *Jaén*, Los puntos de partida de la dogmática penal, ADPCP (Fasc I) 1995, pp. 57 ss.; *Jescheck*, Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung, en Max-Planck-Gesellschaft, Jahrbuch, 1980 (= Rev. de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, nº 41, 1980); *Jiménez de Asúa*, El estado peligroso en las legislaciones de Iberoamérica, en el mismo, El criminalista, 2ª serie, I, 2ª ed., Buenos Aires, 1970; *Barreiro*, Las medidas de seguridad en el Derecho español, 1976; *el mismo*, Las medidas de seguridad en la reforma penal española, en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 725 ss.; *Kaiser*, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972; *Kürzinger*, Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen, ZStW 86 (1974), 214 ss.; *Landecho*, Peligrosidad social y peligrosidad criminal, en el libro colectivo, Peligrosidad social y medidas de seguridad, Univ. Valencia, 1974; *Lange*, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, pp. 233 ss.; *Larrauri*, Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo, ADPCP 1997, pp. 133 ss.; *la misma*, Tendencia actuales de la justicia restauradora, en A.A.V.V., *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, 2004; *Lascuraín*, Por un derecho penal sólo penal: derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrador y sancionador, en LH al Prof. Rodríguez Mourullo, 2005; *Laurenzo*, El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 437 ss.; *De León*, Acumulación de sanciones penales y administrativas, 1998; *Luzón Peña*, Medición de la pena y sustitutivos penales, 1979; *el mismo*, Alcance y función del Derecho penal, en el mismo, Estudios penales, pp. 17 ss.; *L. Martín-Retortillo*, Sanciones penales y sanciones administrativas, en Problemas actuales de Derecho penal y procesal, 1971, pp. 9 ss.; *el mismo*, Multas administrativas, en Rev. Admón. Públ., 1976, pp. 31 ss.; *Mattes*, Problemas de Derecho penal administrativo, trad. Rodríguez Devesa, 1979; *Mendoza*, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; *Mezger*, Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal, (Muñoz Conde trad.), 2000; *Michels*, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; *Mir Puig*, Bases constitucionales del Derecho penal. 2011; *Mir Puigpelat*, La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, 2002; *Morales/García Albero*, Doctrina del Tribunal Const. sobre medidas de seguridad..., La Ley, 8 marzo 1991, pp. 1 ss.; *Moreno*, Política criminal y reforma penal, México, 1999; *Morillas*, Apuntes sobre las relaciones entre el Derecho penal y las demás ramas del ordenamiento jurídico, en Rev. Facultad Derecho Universidad Granada, nº 11 (1986), pp. 85 ss.; *Muñoz Conde*, Derecho penal y control social, 1985; *el mismo*, Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal, RP (5) 2000, pp. 44 ss.; *Navarro*, Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal, 2001; *el mismo*, El principio de ne bis in idem a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: exposición y crítica, LH Barbero Santos, (Vol I) 2001, pp. 1217 ss.; *Nieto*, Derecho Administrativo Sancionador, 2ª ed., 1994; *Octavio de Toledo*, Sobre el concepto de Derecho penal, 1981; *Ortego Costales*, Notas sobre el concepto de Derecho penal, en REP nº 6, 1945, pp. 17 ss.; *Pantaleón*, Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual, en Moreno Martínez (coord.), Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, 2000, pp. 439 ss.; *Parada*, El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, en Rev. Admón. Públ. nº 67 (1972), pp. 41 ss.; *Pérez Alonso*, Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal, ADPCP 1997, pp. 185 ss.; *Pérez Manzano*, La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem, 2002; *Pérez Sanzberro*, Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?, 1999; *Peris*, El proceso despenalizador, 1983; *Polaino*, Derecho penal y ordenamiento sancionador, en el

mismo, Estudios jurídicos sobre la reforma penal, 1987, pp. 249 ss.; *Prieto Sanchís*, La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho, Rev. española de Derecho Constitucional, nº 4 (1982), pp. 99 ss.; *Puppe*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006; *Queralt*, De algunas bases del Derecho penal español, ADPCP 1985, pp. 303 ss.; *el mismo*, «*Ne bis in idem*»: significados constitucionales, en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 885 ss.; *el mismo*, El principio *non bis in idem*, 1992; *el mismo*, Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación, ADPCP 1996 (Fasc I), pp. 129 ss.; *Ramos Vázquez*, Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo: compatibilidad de la sanción penal con la sanción administrativa, en Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial, 2011; *Rando*, La evolución de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en la España de los siglos XIX y XX, en RDPCr nº 12, 2003, pp. 141 ss.; *Requejo*, Hechos delictivos cometidos en el extranjero por ciudadanos extranjeros: el principio de justicia supletoria, AP 2001-2, pp. 537 ss.; *Rodríguez Ramos*, La detención, 1987; *Rodríguez Devesa*, Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto, ADPCP, 1978, pp. 5 ss.; *Rodríguez Mourullo*, Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de CP español, en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980, pp. 15 ss.; *Roig Torres*, Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito, EPCr (XXII) 1999-2000, pp. 153 ss.; *la misma*, La reparación del daño causado por el delito. (Aspectos civiles y penales), 2000; *la misma*, La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, 2010; *Romeo Casabona*, Peligrosidad y Derecho preventivo, 1986; *Roxin*, La posizione della vittima nel sistema penale, en L'indice penale, 1989, pp. 5 ss.; *el mismo*, La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones, en: A.A.V.V., Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania, Cuadernos del CGPJ, 1991; *el mismo*, ¿Tiene futuro el Derecho penal?, RPJ (49) 1998, pp. 373 ss.; *el mismo*, La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal, 2000; *el mismo*, Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión, en ADPCP, 2006; *el mismo,* Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland, GA, 2011 (trad. al español en, El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, en InDret 4/2012); *Salvador/Castiñeira*, Prevenir y castigar, 1997; *Sánchez García de Paz*, El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela, 1999; *Sánz-Díez de Ulzurrun*, La víctima ante el Derecho, en ADPCP 2004, pp. 219 ss.; *Schmidt*, Eb., Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950; *el mismo*, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, en Festschrift für A. Arndt, 1969, pp. 415 ss.; *Schneider*, La posición jurídica de la víctima del delito..., en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 379 ss. (versión algo resumida del trabajo del mismo autor en CPC nº 35 [1988], pp. 355 ss.); *el mismo*, Recompensación en lugar de sanción, en Estudios Penales y Criminológicos, XV, 1992, pp. 199 ss.; *Serrano Maíllo*, Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción, 1999; *Silva*, Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal, LH Torío López, 2000, pp. 209 ss.; *el mismo*, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed, 2001; *el mismo*, ¿Política criminal moderna?. Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo CP español, AP 1998-1, pp. 435 ss.; *el mismo*, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, PJ (45) 1997, pp. 183 ss.; *el mismo*, Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del TS, AP 1996-1, pp. 247 ss.; *el mismo*, Eficiencia y Derecho penal, ADPCP 1996 (Fasc I), pp. 93 ss.; *el mismo*, Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, en el mismo (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 17 ss.; *el mismo,* ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? en Silva, Normas y acciones en Derecho penal, 2003; *el mismo*, Herausforderungen eines expandierenden Strafrechts, GA, 6/2010; *el mismo,* ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad, InDret, 2014; *Silva Melero*, Ilicitud civil y penal, 1946; *Stoll*, Schadenersatz und Strafe, en Festscrift für M. Rheinstein, II, pp. 569 ss.; *Tamarit*, La reparació a la víctima en el Dret penal, 1993; *el mismo*, Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico-garantista, RDPP (5) 2001, pp. 37 ss.; *Terradillos*, Peligrosidad social y Estado de Derecho, 1981; *Vives*, Constitución y medidas de seguridad, en Poder Judicial, 3, pp. 91 ss.; *el mismo*, Presupuestos constitucionales..., en Boix/Rodríguez Marín/Vives (ed.), Problemática jurídica y psico social de las drogas, 1987, pp. 245 ss.; *Torres Roig,* La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, 2010; *E. Wolf*, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, en Festgabe für R. Frank, 1930, pp. 516 ss.; *Wolter*, Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de Derecho penal, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 101 ss.; *Zaczyck*, Libertad, derecho y fundamentación de la pena, 2010;

I. El Derecho penal como medio de control social

1 1. El Derecho penal constituye uno de los **medios de control social** existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter *informal* que los distingue de un medio de control **jurídico** altamente *formalizado*[1] como es el Derecho penal. Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el Derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves —las **penas** y las **medidas de seguridad**—, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos —los **delitos**—. Se trata, pues, de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya sido *monopolizado por el Estado* y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo, reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas **normas legales**, a aprobar por los representantes del pueblo en los países democráticos. Tales normas, que constituyen el Derecho penal, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito y qué penas pueden sufrir quienes las realicen. Es lo que conocemos con la expresión **«principio de legalidad»**, y en ello consiste el carácter eminentemente formalizado que distingue al Derecho penal de otros medios de control social.[2]

2 2. Mas el Derecho penal no es el único medio de control social que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones formalizadas para ciertas conductas. Existen otras formas de control social de carácter jurídico. La Administración Pública puede, así, imponer a través de sus funcionarios numerosas **sanciones administrativas** —como, p. ej., multas de tráfico— y, sin embargo, ello no se halla previsto por el Derecho penal, sino por el Derecho administrativo. El Derecho penal sólo determina las *penas o medidas de seguridad* que pueden imponerse en un proceso *judicial penal*. El legislador es quien decide qué sanciones puede confiar al Derecho administrativo y cuáles, en cambio, han de reservarse al Derecho penal como penas que exigen la intervención de un Juez o Tribunal independientes. Debe guiarle en esta decisión el criterio de la gravedad

---

1. Sobre las instancias de control informal y formal cfr. Bergalli/Bustos/González Zorrilla/Miralles/De Sola/Viladás, Pensamiento II, pp. 37 ss.; García-Pablos, Introducción, pp. 2 ss. La idea de que el Derecho penal es sólo uno de los medios de control social, se ha impuesto ampliamente: cfr. Jescheck, Das neue deutsche Strafrecht, p. 19 (=Rev. Ciencias Jurídicas [Costa Rica], nº 41 [1980], p. 14).

2. Sobre el significado de la «formalización» del Derecho penal vid. Hassemer, Fines, pp. 134 ss.

de la sanción y dejar para el Derecho penal las sanciones que en mayor medida afectan a los ciudadanos. El Derecho penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso —*ultima ratio*—, para cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resultan insuficientes.

3. **El deslinde del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador** plantea una problemática interesante tanto *de lege lata* (desde el punto de vista del Derecho vigente) como *de lege ferenda* (desde el prisma del Derecho deseable).[3] **3**

De lege lata, lo único seguro es que las sanciones administrativas se distinguen de las penas por razón del *órgano* llamado a imponerlas: si la sanción ha de decidirla un órgano de la Administración Pública —como un Alcalde, Subdelegado del Gobierno o Ministro—, se tratará de una sanción administrativa (art. 34, 2 CP), mientras que será una pena la que imponga un Juez o Tribunal judicial en una condena penal.[4] También es cierto que las sanciones más graves del ordenamiento jurídico son penas. Así, según la Constitución española, la Administración no puede imponer sanciones privativas de libertad (art. 25, 3). Sin embargo, la multa es una sanción que puede ser penal o administrativa, y ocurre que ciertas multas administrativas son mucho más elevadas que otras multas penales. **4**

Ello abre la discusión ***de lege ferenda*** acerca del carácter de *ultima ratio* que suele atribuirse al Derecho penal. También es interesante la cuestión de si convendría introducir un **Derecho penal administrativo** a caballo entre el penal y el administrativo, como existe en países como Alemania.[5] Se pretendería con ello dotar a las sanciones administrativas de las mayores garantías que rodean a lo penal.[6] **5**

Un problema importante que suscita la coexistencia de sanciones penales y administrativas en el ordenamiento jurídico es el siguiente: **¿cabe sancionar un mismo hecho con ambas clases de sanciones?** Aunque tal posibilidad de doble sanción se había previsto en nuestro Derecho, el Tribunal Constitucional, **6**

---

3. Para este tema, considerando imposible una distinción cualitativa y sólo practicable una diferenciación cuantitativa, según su mayor o menor gravedad, cfr. Cerezo, PG, I, pp. 49 ss. (doctrina dominante en España que recoge este autor). Sin embargo, matizando, cfr. Roxin, AT, § 2/51, 52 (3ª ed.).

4. Cfr. González Rus, RDC 1985, p. 182.

5. Así desde Goldschmidt, pasando por E. Wolf, Eb. Schmidt, Lange, Michels, etc.: ver bibliografía de comienzo de Lección. Cfr. sobre esto Mattes, Problemas, pp. 138 ss. Se discute en nuestro país si es conveniente un «Código de Policía» pormenorizado o únicamente una regulación general de la potestad administrativa: cfr. Cerezo , PG, I, pp. 54 ss.

6. También cabría establecer la posibilidad de recurrir frente a la jurisdicción penal los actos sancionadores de la Administración Pública: en este sentido Parada, Poder sancionador, pp. 91 ss.; Cerezo, PG, I, p. 55.

de acuerdo con la doctrina, ha proclamado el principio contrario de *non bis in idem*, como «íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución» (SSTC 229/2003 Pleno de 18 dic., 188/2005 Pleno de 7 jul., SSTS 784/2006 de 28 jun., 228/2007 de 14 mar., 487/2007 de 29 mayo. En contra STS 380/2003 de 22 dic.).[7] La STC de 3 oct. 83 confirmó este criterio y abunda en la imposibilidad de que la Administración practique actuaciones dirigidas a sancionar hechos constitutivos de delito o falta —preferencia de la vía judicial— y de que efectúe un enjuiciamiento de los hechos distinto al realizado por un Juez o un Tribunal jurisdiccional. En este sentido, el art. 415, 3 LOPJ establece: «Sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido». La. La STC 177/1999 estableció también que no es posible que el juez penal castigue una conducta ya sancionada por la Administración, pero la STC (Pleno) 2/2003, de 16 en., cambió de criterio y sostuvo la tesis, más correcta, de que en caso de producirse primero una sanción administrativa ésta no impedirá una ulterior sanción penal, sino que deberá sustituirse por ésta otra. Sin embargo, la STC 27 nov. 85 precisó que el principio de *non bis in idem* «no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes».[8]

II. Derecho penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo

7 El Derecho penal suele entenderse en dos sentidos distintos, objetivo y subjetivo. En este sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. El Derecho penal subjetivo —también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*— es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho penal objetivo. El Derecho penal subjetivo se refiere, pues, al Derecho penal objetivo. Por otra parte, si no se añade ninguna precisión, la expresión «Derecho penal» se usa generalmente en el sentido de Derecho penal entendido en sentido objetivo. Conviene, pues, empezar por estudiar este último concepto. Intentaremos en primer lugar precisar su definición, de modo que a continuación podamos analizar sus aspectos formales y materiales más importantes. La alusión al Derecho penal en sentido subjetivo será oportuna más adelante (Lección 4), cuando se trate de fijar los límites que ha de encontrar el derecho del Estado a intervenir mediante normas penales.

---

7. Cfr. Arroyo, Principio de legalidad, p. 19; STC 8 julio 86.

8. La STC 112/1990, de 18 jun., recoge la doctrina del TC que admite «la doble sanción penal y administrativa en los casos en que concurre una relación de sujeción especial (como ocurre en las sanciones disciplinarias a funcionarios) y el fundamento de ambas sanciones no es coincidente».

III. El Derecho penal objetivo

Suele *partirse* de la definición de Derecho penal que hace un siglo propuso von Liszt: **8**

«Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia.»[9] **9**

Esta definición resulta hoy insuficiente y debe ampliarse por dos razones distintas. Por una parte, durante el siglo XX han ido apareciendo y ocupando un lugar importante en las legislaciones —y entre ellas la nuestra— las llamadas **«medidas de seguridad»**. Ya no puede afirmarse que el Derecho penal señale sólo las «penas» a los delitos, sino que ahora dispone de un segundo mecanismo, el de las medidas de seguridad.[10] Por otra parte, el Derecho penal no debe reducirse a las normas que establecen las penas y las medidas de seguridad, sino que comprende ante todo las normas que se dirigen a los ciudadanos para que no cometan los delitos previstos por la ley. El Derecho penal no constituye sólo un conjunto de **normas dirigidas a los jueces** ordenándoles imponer penas o medidas de seguridad, sino también, y antes de ello, un conjunto de **normas dirigidas a los ciudadanos** que les prohíben bajo la amenaza de una pena la comisión de delitos.[11] Por último, igual que el resto del Derecho, el Derecho penal no sólo está integrado por normas en sentido estricto, sino también por **valoraciones y principios**. A continuación, y en la Lección siguiente, desarrollaremos todo lo anterior, para lo que hay que empezar con una breve anticipación de los conceptos básicos de pena y medida de seguridad. **10**

IV. La pena y las medidas de seguridad como componentes del Derecho penal

1. La **pena** constituye la sanción tradicional que caracteriza al Derecho penal, y sigue siendo su arma fundamental. Más adelante profundizaremos en el concepto y función de la pena, pero ahora importa adelantar ya lo más imprescindible: la pena es un mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito. Puede discutirse cuál o cuáles sean las funciones que se atribuyen a la pena —retribución, prevención—, pero nadie niega que la imposición de la pena se halla prevista como un **11**

---

9. Cfr. Von Liszt, Tratado, I, p. 5.

10. Existen *otras consecuencias* del delito, como las *consecuencias accesorias* previstas en el Título VI del Libro I CP, pero dejamos su examen para la Lec. 34.

11. Es ésta una concepción que la mayoría de autores admite, pero que no suele explicitarse claramente al definir el Derecho penal. Cfr. no obstante en nuestro país Antón Oneca, PG, p. 6. Las SSTS 24 febr. 62 y 20 abr. 85 se refieren a «lo que la ley prohíbe o manda bajo sanción penal».

mal que se asocia, en cuanto tal mal, a la comisión de un delito[12] —sea porque se crea que con tal mal se hace justicia, sea porque con la amenaza del mismo se quiere disuadir de la comisión de delitos—. La privación de libertad prevista por el Código penal para el que mate a otro, o la señalada para el que robe determinada cosa, constituyen ejemplos de penas.

12 2. Las **medidas de seguridad** tienen otra naturaleza. No suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo. Mientras que la pena se inflige *por* un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio de evitarlo. Por ejemplo, la ley prevé determinadas medidas tendentes a la deshabituación de drogadictos que manifiesten tendencia a delinquir —así, para cuando sea previsible que pretendan procurarse el acceso a la droga por medios delictivos.

13 Conceptualmente las medidas de seguridad no presuponen la comisión de un delito previo, sino el peligro de un delito futuro. Así, el Derecho español se ha caracterizado durante largo tiempo por prever un amplio elenco de **medidas de seguridad predelictuales**, llamadas así porque no exigen como presupuesto la comisión previa de un delito. Se contenían primero en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 agosto 1933 y luego en su continuadora, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970. Mas tales medidas predelictuales eran de **dudosa constitucionalidad.**[13] Algún autor las consideraba contrarias a la exigencia del art. 25, 1 Constitución de que toda condena o sanción tenga lugar por la comisión de un delito, falta o sanción administrativa.[14] Por lo menos era innegable que los presupuestos de las medidas predelictuales son demasiado poco precisos para que respeten la *exigencia de determinación* que encierra materialmente el principio de legalidad (cfr. infra, Lec. 3, II 2 c).

14 El CP 1995 ha derogado la LPRS 1970 y acoge el criterio preferible, y dominante en el Derecho comparado, consistente en admitir sólo **medidas de seguridad postdelictuales**.[15] Estas medidas sólo pueden imponerse cuando el sujeto

---

12. Cfr. Mir Puig, Introducción, p. 61; Luzón Peña, Medición, p. 25; el mismo, Curso, p. 54; Rodríguez Mourullo, Algunas consideraciones, pp. 41 ss.; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 795 ss.

13. La STC 14 febr. 86 llegó a afirmar incidentalmente —sin validez general, pues se refería a un caso concreto— que las medidas predelictuales se oponen al principio de legalidad penal. Cfr. también en esta línea las SSTC 27 nov. 85 y 19 febr. 87. Sobre el relativo valor formal de estas decisiones vid. Luzón Peña, Estudios penales, pp. 38 s., y Curso, p. 56. De acuerdo con el texto Jorge Barreiro, Las medidas de seguridad en la reforma penal española, pp. 736 s.

14. Así Vives, Presupuestos, p. 261; Morales/García Albero, La Ley, 8 marzo 1991, p. 3; menos rotundamente Rodríguez Ramos, Detención, p. 55. Cfr. también Quintero/Morales/Prats, PG p. 5; Landrove, Introducción, p. 93; Bustos/Hormazábal, PG, p. 215; Bacigalupo, Principios, p. 10; De la Cuesta, Eguzkilore, nº 3 (1989), p. 72; García-Pablos, Introducción, pp. 65 s.

15. Cfr. por todos, recogiendo la doctrina en este sentido, Cerezo, PG, I, p. 35. También Jorge Barreiro, op. cit., p. 736.

ha demostrado su peligrosidad mediante la efectiva comisión de un delito previo. No se imponen como reacción frente al delito cometido, sino para evitar otros en el futuro, pero se entiende que la peligrosidad del sujeto sólo queda suficientemente comprobada cuando el mismo ya ha cometido un delito. Un ejemplo de medidas de seguridad postdelictuales lo ofrece la regulación prevista para el enfermo mental que comete un delito, según el cual éste podrá ser ingresado en un establecimiento psiquiátrico o sometido a un tratamiento ambulatorio. El sentido de estas medidas no es infligir un mal al enfermo mental por el delito cometido, sino sustraerle del estado psíquico que pudo llevarle a delinquir, para que no vuelva a hacerlo. El delito anterior se considera, sin embargo, la prueba necesaria —aunque no sea por sí sola bastante— de que el enfermo mental encierra suficiente peligrosidad criminal.

15 3. Las diferencias señaladas entre la pena y la medida de seguridad no deben ocultar, sin embargo, los importantes **puntos de contacto** entre ambos conceptos. Ya hemos visto que las medidas postdelictuales exigen como la pena un delito previo, aunque sea por razones distintas. Por otra parte, y esto es fundamental, si bien la medida de seguridad no se impone como mal buscado, lo cierto es que de hecho supone a menudo privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor que la pena.[16] En la práctica la ejecución de ciertas medidas asegurativas de internamiento no se diferencian suficientemente de la de las penas privativas de libertad. Por último, según la concepción actualmente predominante, las penas y las medidas de seguridad coinciden en perseguir ambas la prevención de delitos.

V. Definición de Derecho penal objetivo

16 Tras la introducción efectuada a los conceptos de pena y medida de seguridad, puede decirse ya que la definición de Derecho penal de von Liszt ha de ampliarse diciendo que son Derecho penal *las normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad*[17]*, como consecuencia jurídica*.

17 Más arriba hemos señalado, sin embargo, que el Derecho penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone **normas que prohíben la comisión de delitos**. Por otra parte, también indicábamos que el Derecho está integrado no sólo por normas en sentido

16. Ello explica que algún autor, como los citados en la nota 13 hable del «carácter material de pena que corresponde a la medida de seguridad» (Rodríguez Ramos), o afirme que su imposición constituye materialmente una «condena» (Vives). Por ello consideran contrarias las medidas predelictuales al art. 25, 1 Constitución, que sólo permite condenar o sancionar en base a un delito, falta o infracción administrativa prevista por la legislación vigente.

17. O las *consecuencias accesorias* previstas en el Título VI del Libro I CP. *Vid. infra* Lec 34.

estricto, sino también por **valoraciones y principios** (vid. infra, Lec. 2, I y II). Podría precisarse, entonces, la definición de Derecho penal en los términos siguientes: **conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica**.

VI. Derecho penal y responsabilidad civil derivada del delito

18 Además de penas y medidas de seguridad la comisión de un delito puede acarrear una tercera consecuencia jurídica: la **responsabilidad civil derivada de delito**. Se trata de decidir si las prescripciones que la establecen pertenecen o no al Derecho penal, de lo cual depende el concepto de éste; pero antes es preciso adelantar brevemente el concepto de responsabilidad civil.

19 La comisión de un delito puede ocasionar un **daño patrimonial y/o moral** en la víctima u otros perjudicados. Mediante la pena no se resarce al perjudicado por dicho daño; para ello se prevé la responsabilidad civil. El autor del delito deberá *reparar* el daño económico causado o *indemnizar* los perjuicios mediante el pago de una cantidad.

20 *Ejemplos*: El autor de un robo no sólo debe sufrir la pena privativa de libertad correspondiente, sino que está obligado a restituir la cosa robada y a indemnizar los perjuicios materiales y morales causados a la víctima; el homicida, además de tener señalada una pena privativa de libertad, ha de indemnizar a la viuda de la víctima por los perjuicios materiales y morales que le ocasionó la muerte de su marido.

21 ¿Pertenece al Derecho penal la responsabilidad civil derivada de delito? En la mayoría de legislaciones la responsabilidad civil se halla regulada por leyes civiles ajenas al Código penal, y su imposición tiene lugar en un proceso civil distinto también al proceso penal. En Derecho español, en cambio, sucede lo contrario: el Código penal regula la responsabilidad civil derivada de delito y ésta se ventila en el mismo proceso penal. Ello resultaría coherente con la consideración de la responsabilidad civil como un tercer instrumento —junto a penas y medidas— de política criminal.[18] De hecho, el Derecho vigente condiciona ciertos efectos penales (así la atenuación de la pena [art. 21, 5ª CP] o la cancelación de los antecedentes delictivos [136 CP]) a la satisfacción por el culpable de sus responsabilidades civiles, siquiera sea junto a otras condiciones. A menudo, por otra parte, en los delitos poco graves puede tener mayor eficacia intimidatoria la responsabilidad civil que la penal.[19]

18. Cfr. Mir Puig, Introducción, p. 29.
19. Cfr. Antón, PG, p. 608.

22 Es de destacar que en la actualidad se abre paso la tendencia, totalmente justificada, a contemplar la reparación económica del daño causado como una de las exigencias que impone una adecuada **consideración de la víctima** —y no sólo del delincuente— como uno de los protagonistas centrales del delito. La Política Criminal no debería preocuparse únicamente del delincuente, sino también de dar satisfacción a la víctima. En este sentido, en los EE.UU. la ley federal para la protección de víctimas de delitos y de testigos, de 12 oct. 82, permite a los Tribunales penales imponer como sanción independiente la reparación del daño que la víctima haya sufrido; y en la República Federal de Alemania la ley de protección de la víctima, de 18 dic. 86, trata de facilitar que la responsabilidad civil se determine por el juez penal a través del llamado «proceso de adhesión», reformado el 24 jun.[20] Se asiste, pues, a una aproximación al Derecho penal español. Pero parece aconsejable ir más lejos y permitir la **sustitución de penas pecuniarias o de otro tipo por prestaciones de reparación a la víctima**.[21] **El CP español de 1995** dio algún paso en esta dirección.

23 Admitió la posibilidad de *sustituir* las penas de prisión de hasta dos años de duración que en principio deberían imponerse por penas de multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, teniendo en cuenta «en particular el esfuerzo por reparar el daño causado» (art. 88). También subordinó la posibilidad de conceder la *condena condicional* a haber satisfecho, en lo posible, las responsabilidades civiles (art. 81). Por lo demás, aunque antes del CP 1995 ya se concedía efecto *atenuante de la pena* a la reparación de los efectos del delito, ello se ha ampliado en el nuevo Código, que ha dejado de exigir que la reparación sea espontánea y anterior al conocimiento de la apertura del procedimiento judicial (como hacía el CP anterior), y que se contenta con que tenga lugar antes del acto del juicio oral (art. 21, 5ª).

24 Sin embargo, la utilización político-criminal de la responsabilidad civil derivada de delito, que resulta conveniente, no ha de oscurecer la **naturaleza conceptual** de esta clase de responsabilidad. Se trata, como su nombre indica, de una responsabilidad **de carácter civil**. Aunque el Código civil remite en su art. 1092 al Código penal para su regulación, lo hace tras haberla enumerado entre las obligaciones civiles (art. 1089 CC). De hecho, es preciso recurrir constantemente a los preceptos del Derecho civil para llenar las numerosas lagunas de la regulación del Código penal.[22]

25 La diferencia de naturaleza de la responsabilidad penal y la civil derivada de delito se ve confirmada si se compara el sentido de ambas. La pena se prevé como consecuencia de la

---

20. Cfr. Loos, GA 2006, pp. 195 ss.

21. Vid. los trabajos de Eser, Roxin, Tamarit (con reservas: pp. 141 ss., 155) y Schneider cit. en la bibliografía. Especialmente lejos en la concepción de la reparación a la víctima como una alternativa a la pena llega el Proyecto Alternativo alemán sobre reparación: A.A.V.V., Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992. Críticamente Hirsch, CPC nº42 (1990).

22. Cfr. Antón, PG p. 606. En favor de la naturaleza civil de la responsabilidad civil la doc. dom.: por todos cfr. Octavio de Toledo, Concepto, pp. 59 ss.

infracción de la norma que prohíbe penalmente realizar el delito; en cambio, la responsabilidad civil derivada de delito no exige, necesariamente, la infracción de la norma que prohíbe delinquir. En efecto, mientras que es inconcebible la pena sin una acción penalmente antijurídica, el Código penal establece la responsabilidad civil para sujetos que ni siquiera han intervenido en la realización del hecho —como los dueños de las cosas salvadas por otro en estado de necesidad a costa de otros bienes ajenos (art. 118, 3ª CP), o como los responsables subsidiarios previstos por la ley (arts. 120 y 121 CP)—. A diferencia de la pena, la responsabilidad civil no ha de verse como un castigo por la infracción de una norma, sino como la reparación de un daño, que trata de restablecer la situación alterada por dicho daño.[23] El deber de reparar se impone a aquel sujeto que ha causado el daño en determinadas circunstancias, pero también en algún otro caso, como el del beneficiado por el estado de necesidad, en que el sujeto resulta favorecido por el daño ajeno (art. 118, 1, 3º CP), o el de los responsables subsidiarios (art. 120, 2º a 5º CP). Mientras que la ley prohíbe la realización del delito y la pena sólo puede imponerse a quien infringe dicha prohibición, el sentido de las normas que establecen la responsabilidad civil no es en puridad prohibir a los responsables civiles la causación del daño patrimonial o moral antes de que se produzca, sino determinar quién o quiénes deben asumir aquel daño una vez causado y en qué medida deben hacerlo. Es cierto que quien haya causado el daño con *culpa*, mediante una conducta antijurídica, deberá responder civilmente del daño; pero la ley también prevé supuestos en que deben responder personas que han actuado sin culpa ni antijuridicidad. Así sucede en los casos de *responsabilidad objetiva* que prevén el Derecho privado y el Derecho administrativo, pero también en los que admite el Código penal para la responsabilidad civil derivada de delito (art. 118, 1, 3º y 2, art. 117 y art. 120, 2º a 5º CP).[24]

26 Esta construcción se aparta de una concepción tradicional muy extendida, según la cual la responsabilidad civil derivada de delito es como la pena una consecuencia de la infracción de una norma y presupone un hecho antijurídico. La antijuridicidad penal sería, para esta opinión, el presupuesto común de la pena y la responsabilidad civil derivada de delito. Pero esta doctrina no puede sostenerse, porque haría inexplicable la responsabilidad civil que la ley establece para sujetos ajenos al hecho antijurídico (arts. 117 y 120 CP).

27 Si por Derecho penal se entiende el conjunto de las prescripciones penales en sentido estricto, **las prescripciones reguladoras de la responsabilidad civil derivada de delito no podrán considerarse parte del Derecho penal**, pues como se ha visto se diferencian claramente de las prescripciones penales. Ello no obsta —como antes he señalado— a que pueda resultar oportuno contemplar

---

23. Según Pantaleón, ¿Cómo repensar...?, pp. 442 ss., la responsabilidad civil no tiene una función preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria. Es cierto, no obstante, que una cosa es que la responsabilidad civil no tenga una función punitiva, y otra, distinta, que no tenga una función preventiva, como han señalado Salvador/Castiñeira, Prevenir, p. 117, en defensa de la función preventiva que, junto a la de reparación, se suele atribuir a la responsabilidad civil. En este sentido, aunque subrayando que la función reparatoria es la primordial, Mir Puigpelat, Hacia un nuevo sistema, pp. 135 ss., que admite también la función preventiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración: pp. 144 s.

24. Si en estos casos la conducta del responsable es lícita, permitida por el Derecho, no puede decirse que éste trate de *impedir* dicha conducta. Sin embargo, muchos autores creen que la responsabilidad objetiva se prevé para *prevenir* incluso los daños causados por conductas lícitas. Así, en España, Salvador/Castiñeira, Prevenir, p. 150. Cuestiona que la responsabilidad objetiva aumente la eficacia preventiva de la responsabilidad civil, Mir Puigpelat, hacia un nuevo sistema, pp. 169 ss.

la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la Política Criminal, como **un arma *civil* a utilizar en el tratamiento del delito.**[25]

VII. Derecho penal, Ciencia del Derecho penal, Criminología y Política Criminal

Bibliografía

Albrecht/Sieber (eds.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006; *Alcácer*, Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal, en AP, 2001, pp. 229 ss.; *Aniyar de Castro*, Criminología de la reacción social, Maracaibo, 1977; *Bacigalupo*, Significación y perspectivas de la oposición Derecho penal/Política criminal, en Rev. inter. Droit pénal, 1978, pp. 15 ss.; *Baratta*, Criminologia critica e critica del diritto penale, 1982; *Bergalli/Bustos y otros*, El pensamiento criminológico, I, 1982; *Borja Jiménez*, Curso de Política criminal, 2003; *el mismo*, Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Bustos*, Criminología crítica y Derecho penal, en el mismo, Control social y sistema penal, 1987, pp. 15 ss.; *Díez Ripollés*, La política criminal en la encrucijada, 2007; *Faraldo*, Política criminal y reformas penales, 2007; *Domínguez Figueiredo*, Sociología jurídico-penal y actividad legislativa, en Robeto Bergalli (coord.), Sistema Penal y Problemas Sociales, 2003; *García-Pablos*, Problemas actuales de la Criminología, 1984; *el mismo*, Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional, ADPCP, 1983, pp. 239 ss.; *el mismo*, Tratado de Criminología, 2ª ed., 1999; *el mismo*, Criminología, 4ª ed., 2001; *el mismo*, Tratado de Criminología, 3ª ed., 2003; *Gimbernat*, ¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981, pp. 105 ss.; *Goeppinger*, Criminología, trad. esp. de Elster y Luzárraga, 1975; *Grosso Galván*, Nueva Criminología y Dogmática jurídico-penal, CPC, nº 10 (1980), pp. 47 ss.; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, Konstanten kriminalpolischer Theorie, en Festschrift f. Lange, 1976, pp. 501 ss.; *el mismo (ed.)*, Strafrechtspolitik, 1987; *Jakobs/Schünemann/Moreno/Zaffaroni*, Fundamentos de la dogmática penal y de la Política criminal (ontologismo y normativismo), México 2002; *Kaiser*, Criminología, trad. de Belloch, 1978; *el mismo*, Kriminalpolitik in der Zeitenwende, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 989 ss.; *Lamarca*, Posibilidades y límites de la Dogmática penal, CPC nº 33 (1987), pp. 527 ss.; *Larrauri*, La herencia de la criminología crítica, 1991; *F. v. Liszt*, Kriminalpolitische Aufgaben, en el mismo, Aufsätze und Vorträge, 1905, reimpr. 1970, pp. 290 ss.; *López Rey*, Criminología, I, 1975, II, 1978; *Mannheim*, H., Comparative Criminology, 1965 (hay ed. italiana de 1975 y alemana de 1966); *Mir Puig*, Dogmática creadora y Política criminal, en RJCat., 1978, pp. 649 ss.; *el mismo*, Posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal, en el mismo (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, 1982, pp. 9 ss.; *Mir Puig / Corcoy* (dir.), La Política criminal en Europa, 2004; *los* mismos, Nuevas tendencias en Política criminal. Una auditoría al CP español de 1995, Montevideo 2006; *los mismos* (dir.), Política criminal y reforma penal, Montevideo 2007; *Moreno*, Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 69 ss.; *Morillas Cuevas*, ¿Sigue siendo necesaria una dogmática del Derecho penal?, en Miró, (Dir.): ¿Casos difíciles o irresolubles?, 2010; *Muñoz Clares*, Dogmática penal: una teoría unificada, en RGDP (17) 2012; *Muñoz Conde*, Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, en RP (33) 2014; *Naucke*, Las relaciones entre la Criminología y la Política criminal, CPC, nº 4 (1978), pp. 49 ss.; *Núñez Barbero*, Derecho penal y Política criminal, en REP 1980, pp. 233 ss. (=Doctrina penal, nº 15 (1981) pp. 479 ss.); *el mismo*, Las relaciones del Derecho penal con la Criminología, en REP, 1974, pp. 58 ss. (=Nuevo pensamiento penal, 1975, pp. 207 ss.); *Ortiz de Urbina*, La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo, en LH al Prof. Ruiz Antón, 2003, pp. 859 y ss.; *el mismo*, Análisis económico del Derecho y política criminal, RDPC 2004, pp. 31 y ss.; *Pavarini*, Control y dominación, trad. de Muñagorri, México, 1983; *Pawlik*, Teoría de la Ciencia del

25. Matizo así el planteamiento que efectué en mi Introducción, p. 29, y me inclino en favor de una más nítida distinción de las normas penales y las relativas a la responsabilidad civil. Sigue hoy, no obstante, mi planteamiento anterior e incluye la responsabilidad civil en la definición de delito *De la Cuesta*, Eguzkilore, nº 3 (1989), p. 74.

Derecho Penal, en CPC (106) 2012; *Pinatel*, Criminologie, 3ª ed., 1975; *Polaino Navarrete*, El valor de la dogmática en el Derecho penal, en Homenaje añ prof. G. Rodríguez Mourullo, 2005; *Rivera* (coord.), Política criminal y sistema penal, 2005; *Robles*, Dogmática de los límites al Derecho penal, en Robles (ed. es), Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, 2012; *el mismo*, Zur Dogmatik der Kriminalpolitik, en Festschrift für W. Frisch, 2013; *Romero Berranguer*, Teorías de la criminalización, Derecho penal y Política criminal, ADPCP, 1987, pp. 135 ss.; *Roxin*, Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1972; *Sánchez Lázaro*, Ciencia como discurso de legitimación racional, en InDret 3/2009; *Schünemann*, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 1 ss.; *Silva*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992; *el mismo*, Kriminalpolitik bei der Strafrechtsdogmatik, en *Schünemann (ed.), Strafrechtssystem und Betrug, 2002; Sutherland/Cressey*, Criminology, 9ª ed., 1974; *Taylor/Walton/Young*, Criminología Crítica, trad. de Grab., México 1977; *los mismos*, La nueva criminología, trad. Cosa, Buenos Aires, 1977; *Vera Sánchez*, Algunas variables politico-criminales del proceso penal, en EPC (35) 2015; *Vogel*, Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 105 ss.; *Volk*, K., Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, en Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 75 ss.; *Würtenberger*, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2ª ed., 1980; *el mismo*, Introducción a la Política Criminal, 1978.

28 Hay que distinguir el Derecho penal y las *disciplinas* que tienen por objeto el estudio del Derecho penal. Este estudio puede referirse al contenido interno del Derecho penal, específicamente normativo, o bien a la relación de las normas jurídico-penales con los demás fenómenos sociales. La expresión **«Ciencia del Derecho penal»** se reserva generalmente para lo primero, y en este sentido se presenta como *ciencia normativa*. También se habla en el mismo sentido de **«Dogmática jurídico-penal».**[26] La relación del Derecho penal con los demás fenómenos sociales corresponde a la **Sociología del Derecho penal**, sector que hoy reivindica la Nueva Criminología o Criminología Crítica.

29 Mas no es éste el objeto de la **Criminología clásica**. En su versión inicial de la Escuela Positiva italiana, la Criminología se ocupaba de buscar las *causas del delito* como fenómeno empírico, individual (**Antropología y Psicología Criminal**) y social (**Sociología Criminal**). No perseguía la explicación sociológica de las normas e instituciones penales, sino que creía poder estudiar *el delito como una realidad natural* independiente de aquellas normas e instituciones.[27] Este planteamiento, que no ha desaparecido en la Criminología «oficial», se rechaza hoy por la **Criminología Crítica**, que ha dirigido la atención al estudio sociológico de las *instancias de control penal* (normas penales, policía, Administración de Justicia, cárceles).

30 La **Criminología Crítica** parte del principio de que el delito no constituye una realidad natural previa a la norma que lo establece, sino que depende en su existencia de una norma

26. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, pp. 58 ss.; Luzón, Curso, pp. 92 ss. Sobre la historia de la dogmática moderna y su situación actual vid. Mir Puig, Introducción, pp. 188 ss.; Muñoz Conde, Introducción, pp. 101 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 205 ss.; Silva, Aproximación, pp. 48 ss. Ver además las obras más específicas cit. en la bibliografía de este apartado de Hassemer, Roxin, Gimbernat, Mir Puig y Volk.

27. Cfr. las obras clásicas de Sutherland/Cressey, Mannheim, Pinatel, Göppinger y otras cit. en la bibliogr. de este apartado. Cfr. también Cerezo, PG, pp. 70 ss.

que surge en un sistema social dado, como fruto de unas determinadas condiciones sociales. Lo que es delito en un determinado sistema social puede no serlo en otro distinto. Según esta concepción, la Criminología ha de convertirse en *Sociología del control social*, que se ocupe del Derecho penal como uno de los medios de control social (junto a la policía, la Administración de Justicia, las cárceles y otras instancias informales de control). El Derecho penal importaría a la Criminología como causa del delito, como *factor de criminalización*. De la Criminología como *teoría de la criminalidad* se pasaría a la Criminología como *teoría de la criminalización*. En el análisis del Derecho penal como producto de una Sociedad dada la Criminología Crítica tiende a aplicar la metodología marxista.[28]

31 Junto a la Ciencia jurídico-penal, entendida como Dogmática jurídica, y la Criminología, existe también la **Política Criminal**. En un primer sentido, consiste en aquel *sector de la política* que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico-penal responde a una determinada orientación político-criminal y expresa una concreta política criminal. En este sentido la Política Criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica. Pero a menudo se habla de Política Criminal en otro sentido, como una *rama del saber* que tiene por objeto de estudio la política criminal efectivamente seguida por el Derecho penal o que éste debería expresar. En este otro sentido, la Política Criminal puede verse también como una disciplina que se ocupa del Derecho penal desde un prisma distinto, y complementario, al de la Dogmática jurídica y la Criminología como Sociología del Derecho penal.[29]

32 Si se utiliza el modelo —demasiado simplificado, pero gráfico— de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de *norma*, otra de *hecho* y una tercera de *valor*, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política criminal como valor. Se trata de un planteamiento sin duda excesivamente esquemático y posiblemente incorrecto si se entiende al pie de la letra, puesto que ninguna disciplina que estudie el Derecho penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un tiempo norma, hecho y valor; pero puede resultar pedagógico si, hecha esta advertencia, se pretende únicamente señalar que cada una de las tres dimensiones del Derecho indicadas constituye el centro de interés respectivo de las tres disciplinas que estudian al Derecho penal.

---

28. Cfr. Las obras de Taylor/Walton/Young, Baratta, Bergalli, Aniyar de Castro, Pavarini, García Pablos y Grosso Galván, cit. en la bibliogr. Una rápida visión de conjunto en Muñoz Conde, Adiciones, p. 65, y Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 205 ss.

29. Vid. Luzón, Curso, pp. 98 ss., y las obras de von Liszt, Zipf, Hassemer, Roxin, Mir Puig, Naucke y otras cit. en la bibliogr.

33 Por último, aunque suele limitarse la expresión «Ciencia del Derecho penal» a la Dogmática jurídico-penal, también es corriente hablar de **«Ciencias penales»** o **«Ciencia global del Derecho penal»**[30] en un sentido comprensivo de todas las perspectivas teóricas señaladas.

34 La presente obra se ocupa únicamente del estudio dogmático del Derecho penal, es decir, del específico contenido normativo del Derecho penal. Mas como cada país posee su propio Derecho penal, es preciso añadir que nuestro objeto de estudio será el Derecho penal actualmente vigente en España —sin perjuicio de que para ello sea útil la comparación con el Derecho penal de otros países de nuestro ámbito de cultura y la referencia a los principios y conceptos elaborados para ellos por la doctrina, en cuanto resulten válidos o ilustrativos para el Derecho español.

VIII. El Derecho penal español

Bibliografía

*Abel Sout*o, Discordancias y errores introducidos en el CP por la simbólica reforma de 25. 11. 2003, que deben ser erradicados del texto punitivo, en La Ley Penal, nº 11, dic. 2004; *Alonso y Alonso*, De la vigencia y aplicación del CP 1822, REP nº 11, 1946; *Álvarez García*, Contribución al estudio sobre la aplicación del CP 1822, CPC nº 5 (1978), pp. 229 ss.; *Antón Oneca*, Historia del CP 1822, ADPCP 1965, pp. 263 ss.; *el mismo*, El CP 1870, ADPCP 1970, pp. 229 ss.; *el mismo*, Los antecedentes del nuevo CP, RGLJ, enero 1929; *el mismo*, El CP 1848 y D. Francisco Pacheco, ADPCP 1969; *Barbero Santos*, Política y Derecho penal en España, 1977; *Bueno Arús*, La reforma del CP 1963, REP jul.-sep. 1963; *el mismo*, La reforma del CP español, en Información Jurídica, nº 311, pp. 101 ss.; *Carbonell/Guardiol*, Consideraciones sobre la reforma penal de 2003, en Rev. Jur. de la Comunidad Valenciana, nº 12, 2004; *Casabó*, Los orígenes de la Codificación penal en España, ADPCP 1967, pp. 968 ss.; *el mismo*, El CP 1822, tesis inédita, Valencia, 1968 (existe extracto publicado); *el mismo*, La aplicación del CP 1822, ADPCP 1979, pp. 333 ss.; *Castejón*, Apuntes de Historia política y legislativa del CP 1848, RGLJ 1953; *el mismo*, Génesis y breve comentario del CP 23 dic. 1944, en RGLJ 1945; *Cuello Calón*, Centenario del CP 1848..., en Información Jurídica, oct. 1848; *Cuello Contreras*, Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto CP 1822, ADPCP 1977, pp. 83 ss.; *Cuerda Riezu*, El Derecho penal español a los veinticinco años de la promulgación de la Constitución, en *Baladó/García Reguero*, La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario, 2003; *Del Rosal*, Ideas histórico-dogmáticas del CP 1944, en Infor. Jur., nov. 1942; *Fernández Albor (ed.)*, La reforma penal y penitenciaria, 1980; *Figueroa*, El proceso de formación de nuestra legislación penal, en ADCP, LII, 2000; *García Arán*, El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003, en RevJCat 2/2005; *García Valdés*, Las reformas de la legislación penal, en Documentación Jurídica, 37/4, v. 1, (1983), pp. 23 ss.; *González Cussac*, La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja Política criminal, en Rev. Xurídica Galega, nº 38, 2003; *Gimbernat*, La reforma del CP de nov. 1971, en su libro Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981, pp. 61 ss.; *Guallart*, El nuevo CP español, en Universidad, 1929; *Jiménez de Asúa*, D. Joaquín Francisco Pacheco en el centenario del CP, en El Criminalista, IX, 1951; *Jiménez y Jiménez*, Introducción al Derecho penal militar, 1987; *López Rey*, La reforma del Derecho penal, 1980; *Mestre/Valmaña*, Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal española a la PANCP 1983, en Documentación Jurídica, nº 54 (1987); *Mir Puig*, Politische Rahmenbedingungen der spanischen Strafrechtsreform, en Hassemer (ed.), Strafrechtspolitik, 1987,

30. Esta última expresión, usual en la doctrina germánica, procede de von Liszt, Aufsätze, pp. 293 ss. La expresión «ciencias penales» tiene, en cambio, origen latino (ibidem).

pp. 33 ss.; *Mir/Alcácer*, Cambio de orientación en la Política criminal española, en *Mir/Corcoy* (dir.), Política criminal y reforma penal, 2007, pp. 107 ss. (en alemán en GA 2005, pp. 244 ss.); *Orts*, Últimas reformas penales sustantiva y procesales, 2006; *Quintero/Muñoz Conde*, La reforma penal de 1983, 1983; *Real Academia de Jurisprudencia*, Conmemoración del centenario de la ley provisional sobre organización del Poder Judicial y del CP 1870, 1970; *Sáinz Cantero*, El informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al CP 1822, ADPCP 1967, pp. 509 ss.; *Sanz Morán*, Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal, en Lex Nova, nº 11, 2004; *Teruel Carralero*, El Código del 48 en su centenario, REP nº 40, 1948; *Varios autores*, El Proyecto de CP, RJCat., 1980; *Varios autores*, Documentación Jurídica, nº 37/40 (1983), monográfico dedicado al Anteproyecto de 1983, 2 vol.; *Varios autores*, La reforma penal y penitenciaria, 1980.

1. *La legislación penal española*

35 A) **El Derecho penal vigente en España** se contiene en el Código penal y en otras Leyes penales especiales. El Código penal vigente, que constituye la parte fundamental de nuestra legislación penal, se promulgó el **23 de noviembre de 1995**. Sus antecedentes inmediatos son el Proyecto de CP de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, y varias reformas del Código anterior, especialmente la «Reforma Parcial y Urgente del Código Penal» de 25 de junio de 1983[31] y la de 21 de junio de 1989, de actualización del CP. Todo ello ha venido motivado fundamentalmente por la voluntad de adaptar el Derecho penal vigente a las exigencias de la transición política de un régimen totalitario a otro democrático y a la evolución social que ello ha propiciado. Pero buena parte del contenido del CP 1995 procede de los Códigos anteriores.

36 B) La Constitución de 1812 proclamó la necesidad de un Código penal, que había de superar el estado de la legislación penal del Antiguo Régimen. Pero la Codificación, exigencia liberal, no se pudo llevar a cabo en lo penal inmediatamente, a causa de la Restauración, y hubo que esperar al «trienio liberal» para que se promulgara **el primer Código, de 9 de julio de 1822**.[32] Decretado el inicio de su vigencia para el 1 de enero de 1823, la vuelta al absolutismo determinó que Fernando VII anulara el 1 de octubre del mismo año lo realizado durante el trienio. Volvió a regir la Novísima Recopilación y el Derecho supletorio, de una dureza templada por el arbitrio judicial. Tras la Constitución de 1845 se promulgó el **Código penal de 19 de julio de 1848**. Influido en algunos puntos por el anterior, suele considerarse la base de todos los Códigos posteriores. Cuando Antón escribió su Manual en 1948 afirmó: «Puede decirse que el Código de 1848 celebra este año su centenario».[33]

31. Cfr. Quintero/Muñoz Conde, La reforma penal, passim.

32. Sobre la vigencia de este Código de 1822 en Hispanoamérica, vid. Rodríguez Devesa, PG p. 95. En general, sobre la vigencia del CP 1822 vid. las obras de Alonso Alonso, Antón (ADPCP 1965), Álvarez García, Casabó (ADPCP 1967; ADPCP 1979, CP 1822), principalmente.

33. Cfr. Antón, PG p. 61.

37 Tras la **reforma de 1850**, de signo autoritario por las agitaciones revolucionarias de 1848, no hubo nuevo Código hasta **1870**. Se debió a la Revolución de 1868 y a la Constitución de 1869, más liberal que las anteriores. Se aprobó con carácter provisional por las Cortes tras sólo dos sesiones de discusión sobre los temas políticos, en espera de un debate definitivo pasado el verano. Pero ese «Código del verano» —como lo llamó Silvela— se convirtió sin más en definitivo y ha sido el que ha regido durante más tiempo en nuestro país.

38 A principio del siglo XX se aprobaron varias leyes penales de importancia, que introdujeron en nuestro Derecho las instituciones de la condena condicional (17 de marzo 1908), la libertad condicional (25 julio 1914) y la jurisdicción de los Tribunales Tutelares de Menores (2 agosto y 25 noviembre 1918), manifestación de las nuevas corrientes del Derecho penal. Sin embargo, el Código de 1870 siguió en vigor hasta **1928**, año en que se sustituyó por el llamado Código de la Dictadura por haberse promulgado durante la Dictadura de Primo de Rivera. Se apartó este Código de la tradición iniciada en 1848. Por una parte fue más autoritario y por otra pretendió introducir instituciones modernas como las medidas de seguridad. Pero rigió sólo hasta el advenimiento de la Segunda República, que determinó de inmediato la vuelta al Código de 1870, hasta que en 1932 se reformó, dando lugar al llamado **Código de 1932**. En realidad no era más que otra versión del viejo Código de 1870, que incorporó algunas novedades impuestas por los tiempos.

39 La sustitución de la República por el régimen del general Franco, a consecuencia de la Guerra Civil, condujo al **Código de 1944**. Llamado oficialmente «texto refundido» de 1944, sólo era ciertamente una reforma del Código anterior, lo que pudo admitirse por el hecho de que éste procedía en realidad del siglo XIX. El texto del 44 sufrió múltiples modificaciones. Las más importantes fueron las operadas por el **«texto revisado de 1963»** y por el **«texto refundido de 1973»**. Las reformas de éste, en particular las especialmente trascendentes de **1983** y **1989**, han sido ya mencionadas más arriba. También hemos dicho ya que aquel Código ha sido sustituido, tras varios Proyectos y Anteproyectos, por el **actual CP 1995.**[34] Este Código ha sufrido ya diversas modificaciones, las más importante de las cuales han sido las LO 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, que afecta a numerosos artículos del CP.

34. Sobre los distintos Proyectos, Anteproyectos y demás textos prelegislativos que han conducido al CP 1995 cfr. Luzón, Curso, pp. 123 ss.

2. *Límites espaciales del Derecho penal español y extradición*

Bibliografía

Ambos, La Parte General del Derecho penal internacional, 2005; *el mismo*, Internationales Strafrecht, 2006; *Andrés*, Derecho penal internacionañ, 2006; *Arroyo/Nieto*, (dir.), La orden de detención y entrega europea, 2006; *Bueno Arús*, Nociones básicas sobre la extradición, 1980; *el mismo*, Principios cardinales de la Ley de Extradición Pasiva de 26 dic. 58, en Documentación Jurídica, 1978, pp. 179 ss.; *el mismo*, El principio de reciprocidad en la extradición y la legislación española, ADPCP 1984, pp. 67 ss.; *el mismo*, Breve exposición comparada de los tratados bilaterales de extradición de los que es parte España, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, t. VIII, 2 vol., 1988, pp. 263 ss.; *el mismo*, El delito político y la extradición en la legislación española, Actualidad Penal, 1991, nº 6, VI; *Catelani/Striani*, L'estradizione, 1983; *Cobo/Boix*, Perfil constitucional de la extradición, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, I,1982; *Cuerda Riezu*, Comentario a la STC alemán de 18 de julio de 2005 que declara inconstitucional la Ley alemana sobre la orden europea de detención y entrega, en Rev. De Derechos Fundamentales, nº 6, 2005; *De Schutter*, Bibliografy of International Criminal Law, 1972; *Díez Sánchez*, Derecho penal internacional, Ámbito espacial de la ley penal, 1980; *Donnedieu de Vabres*, Les principes modernes du droit international, 1928; *Gil Gil*, Derecho penal internacional, 1999; *Gimbernat/González de Amezua*, Algunos problemas de extradición en el Derecho español, en Gimbernat, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981, pp. 75 ss.; *Gómez Benítez*, La PG del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en AP nº 41, nov. 2003; *Gómez-Jara*, Orden de detención europea…, en La Ley, nº 6069, julio 2004; *González Rus*, Cooperación internacional en la persecución del delito, en Libro Homenaje a M. de Rivacoba, Buenos Aires 2004; *Köhler*, Zum Begriff des Völkerstrafrechts, en Jahrbuch Für Recht und Ethik, v. 11, 2003; *Landrove*, Eficacia espacial de las leyes penales españolas, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, VI, 1982; *Levi*, Diritto penale internazionale, 1949; *Manzanares*, Comentarios al Convenio Europeo de extradición, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, t. VIII, 2 vol., 1988, pp. 597 ss.; *Miaja de la Muela*, Derecho internacional privado, II, 10ª ed., 1987, pp. 631 ss.; *Ministerio de Justicia*, Convenios de extradición, 1980 (con apéndices de actualización); *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2ª ed., 1983; *el mismo*, Fragen zum Strafrecht der Europäischen Gemeinschfat, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 1399 ss.; *Pastor*, Comentarios a la ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, t. VIII, 2 vol., 1988, pp. 1 ss.; *Quintano*, Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal, I, 1955, II, 1957; *Rodríguez Ramos*, Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos Pinochet y Guatemala), en La Ley, nº 5788, 26 mayo 2003; *Schroeder*, Der «raumliche Geltungsbereich» der Strafgesetze, GA 1968, pp. 353 ss.; *el mismo*, Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht, JZ 1968, pp. 241 ss.; *Schultz*, Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pp. 305 ss.; *el mismo*, Les problèmes actuels de l'extradition, en Rint.DP, 1974, pp. 517 ss.; *Vogler*, Die Europäischen Übereinkommen über Auslieferung und die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen, ZStW (80) 1968, pp. 480 ss.; *el mismo*, Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, p. 595; *Wolter*, Die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union, en Festschrift für G. Kohlmann, 2003.

40 El Derecho penal español coexiste con las legislaciones penales de los demás países, y ello determina la necesidad de fijar unos límites al ámbito espacial de aplicación de nuestro Derecho. La materia pertenece al **Derecho internacional privado** en la medida en que supone la «delimitación espacial de las legislaciones penales de diferentes Estados».[35] Aquí nos limitaremos a enumerar brevemente los principios de dicha delimitación espacial.

35. Cfr. Miaja de la Muela, Derecho internacional privado, II, p. 631.

41 A) El punto de partida es el **principio de territorialidad**. Según el mismo, el Derecho español es aplicable a los hechos delictivos cometidos dentro del territorio español. Así se determina en el art. 8, 1 del Código civil, que establece que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español», y en el art. 23, 1 LOPJ de 1 julio 85, que declara: «En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español».

42 El fundamento del principio de territorialidad debe verse en el interés del Estado en el mantenimiento del orden público dentro del territorio en que ejerce su soberanía. El delito causa alarma en donde se comete y allí debe apaciguarla la pena. Por otra parte, son más fáciles las pruebas en el lugar de los hechos.

43 El territorio español alcanza también a un determinado espacio marítimo (define el mar territorial la Ley de 4 enero 1977, fijándolo dentro de las 12 millas) y aéreo (véase la delimitación que efectúa la Ley de Navegación Aérea 21 julio 1960).

44 El **principio del pabellón** hace extensible la aplicación del Derecho penal español a los hechos cometidos en una embarcación o aeronave española. En este sentido se manifiesta el art. 23, 1 LOPJ de 1985, que, no obstante, añade que ello no obsta a lo previsto en los Tratados internacionales en que España sea parte.

45 B) Junto al principio de territorialidad deben mencionarse otros principios que permiten en ciertos casos una aplicación del Derecho penal español a hechos cometidos fuera del territorio español (**extraterritorialidad**). El **principio de personalidad** permite aplicar el Derecho penal español en ciertos casos a españoles que delinquen en el extranjero. El **principio real o de protección** hace aplicable el Derecho penal español a determinados hechos cometidos en el extranjero contra ciertos bienes jurídicos que se considera necesario proteger de tales ataques extranjeros. El **principio de derecho universal** (o **principio universal**) fundamenta la aplicación del Derecho penal español a ciertos delitos que lesionan bienes supranacionales cualquiera que sea el lugar de su comisión o la nacionalidad del autor.

46 a) El **principio de personalidad** determina la extensión del Derecho español a los españoles (o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho) que hayan delinquido fuera de España, siempre que concurran los siguientes requisitos previstos por el art. 23, 2 LOPJ 1985: «a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho

requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.»

47 b) El **principio real o de protección** da lugar a que el Derecho penal español se extienda a hechos cometidos fuera del territorio español que constituyan determinados delitos lesivos de *intereses del Estado español*.

48 El art. 23, 3 LOPJ 1985 incluye entre tales delitos los siguientes: a) de traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) rebelión y sedición; d) falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministerios y de los sellos públicos u oficiales; e) falsificación de moneda española y su expedición; f) cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) los relativos al control de cambios. También se quieren proteger de ataques perpetrados en el extranjero los intereses militares tutelados por el Código Penal Militar de 1985, cuyo art. 7 declara la aplicabilidad del mismo a todos los hechos que castiga, aunque se cometan en el extranjero, salvo lo establecido por los Tratados y Convenios internacionales.

49 c) El **principio de derecho universal o principio universal** amplía el ámbito de vigencia a delitos considerados lesivos de *intereses comunes a todo Estado.y que en principio todo Estado podría perseguir con independencia de la nacionalidad del autor y del lugar donde se encuentre.* Pero la LO 1/2014, de 13 de marzo, restringió de forma importante y discutible la posibilidad de que España persiga esta clase de delitos exigiendo requisitos como el de la presencia del imputado en territorio español[36]. Los delitos y condiciones a que hace referencia el artículo único de esta Ley son :

50 **a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado**, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se

36. El Pleno del TC, por Providencia de 22 de julio de 2014, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3754-2014, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal

encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. **b) Delitos de tortura y contra la integridad moral** de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:1.º el procedimiento se dirija contra un español; o 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. **c) Delitos de desaparición forzada** incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:1.º el procedimiento se dirija contra un español; o 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. **d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima** que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte. **e) Terrorismo**, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo; 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o 8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados. A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles. **f)** Los delitos contenidos en el Convenio para la represión **del apoderamiento ilícito de aeronaves**, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que: 1.º el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o 2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español. **g)** Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos **contra la seguridad de la aviación civil**, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo. **h)** Los delitos contenidos en el Convenio **sobre la protección física de materiales nucleares** hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español. **i)** Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. **j)** Delitos de constitución, financiación o integración en **grupo u organización criminal** o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión. **k)** Delitos **contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad**, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra **la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica,** siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español ;2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o 3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. **m) Trata de seres humanos**, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. **n**) Delitos de **corrupción entre particulares** o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o 4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España. **o)** Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, **sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública**, cuando: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o 5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos. **p)** Cualquier **otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro**, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.[37]

37. El apartado 5 del articulo único de la LO 1/2014 añade: "5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos: a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte. b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que: 1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o, 2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada. Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. b) Que haya habido una

51 Tanto en estos casos como en los expresados en el apartado anterior dentro del principio real o de protección, es preciso que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (art. 23, 5 LOPJ 1985, que extiende a los casos mencionados la misma exigencia prevista para los casos relativos al principio de personalidad por el número 2, c) del mismo artículo).

52 C) Para que el Derecho penal español pueda aplicarse efectivamente a un sujeto en los casos mencionados en los números anteriores es preciso que se encuentre a disposición de los Tribunales españoles. Si no es así porque **el sujeto se halla en un país extranjero**, habrá que distinguir según se trate de un Estado no perteneciente a la Unión Europea o de un Estado integrante de la misma.

53 a) Si el sujeto se encuentra en un país que no pertenece a la Unión Europea, el Estado español puede solicitar de este otro la **extradición** del delincuente (**extradición activa**) si así se prevé en un Tratado o en el Derecho del país de que se trate, o si lo permite el principio de reciprocidad.[38] Viceversa, España puede conceder también, en virtud de normas como éstas, la extradición de un delincuente solicitada por otro país (**extradición pasiva**).[39] Es éste un tema que afecta al Derecho internacional público, puesto que se refiere a relaciones entre Estados. Aquí añadiremos únicamente que, fuera de la Unión Europea, la extradición es la única forma legal de poner a un sujeto que se halla en el extranjero a disposición de los Tribunales españoles contra su voluntad —no caben *vías de hecho*—, y que a su vez las normas reguladoras de la extradición fijan determinados límites.

54 Éstos responden a ciertos principios como el **principio de legalidad** (el delito por el que se solicita la extradición ha de hallarse previsto por una norma escrita, como un tratado que determine los delitos que pueden dar lugar a la

---

demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio. El apartado 6 de esta LO1/2014 concluye: " 6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal."

38. Regulan la extradición activa los arts. 824 ss. LECr.

39. Son fuentes de la extradición pasiva los Tratados internacionales en que España sea parte y, en su defecto, la Ley de Extradición Pasiva de 21 marzo 85 (art. 1). Entre los Tratados debe mencionarse el Convenio Europeo de Extradición de 13 dic. 57, ratificado por España en 1982.

misma) (arts. 1 y 2 Ley Extradición Pasiva), el **principio de especialidad** (que impide que el extraditado sea juzgado por delito distinto del que motivó su extradición) (art. 21 Ley Extradición Pasiva), el **principio de identidad de la norma** (el hecho fundamentador de la extradición ha de constituir delito tanto en el país requirente como en el requerido, por lo que también se habla de principio de la «*doble incriminación*») (art. 2 Ley Extradición Pasiva), el **principio de la no entrega por delitos políticos** (que la Constitución consagra excluyendo los delitos de terrorismo: art. 13, 3), **por delitos puramente militares o por faltas o sanciones administrativas**, el **principio de no entrega de nacionales**, etc. (art. 4 Ley Extradición Pasiva).

55 La Ley de Extradición Pasiva de 1985, que sustituyó a la Ley de Extradición de 26 dic. 58,[40] prevé alguna novedad interesante como la facultad que se concede al Gobierno de no proceder a la Extradición, aun habiéndola considerado procedente el Tribunal, en base a los principios de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses esenciales de España (art. 6).

56 b) Si el sujeto se encuentra **en un país de la Unión Europea**, la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la **orden de detención europea**, permite reclamarlo directamente por el juez español competente emitiendo una orden de detención europea dirigida al juez competente del país en que se encuentre el sujeto. No son aplicables entonces los principios y reglas de la extradición, ni el procedimiento previsto para la misma.

57 Según la Exposición de Motivos de la Ley, «la aplicación del principio de reconocimiento mutuo determina que, recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma prácticamente automática, sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno. De esta forma los motivos por los que la autoridad judicial puede negarse a la ejecución están tasados en el texto de la ley y su naturaleza permite una apreciación objetiva por parte de la autoridad judicial. Desaparecen, por tanto, motivos de denegación habituales en los procedimientos tradicionales, como los relativos a la no entrega de nacionales o a la consideración de los delitos como delitos políticos».

58 El art. 1, 1 de la Ley 3/2003 define la **orden de detención europea** como «una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas

40. Echan en falta, con razón, el carácter de Ley Orgánica en la nueva Ley de Extradición Pasiva Cobo/Vives, Suplemento a su PG, 1985, epígrafe nº 23. Cfr. también sobre la constitucionalidad de la citada ley, Bustos, Adiciones a su Manual, p. 12.

de libertad». El número 2 del mismo artículo entiende por «**autoridad judicial de emisión**» «la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden europea en virtud del derecho de ese Estado»; y entiende por «**autoridad judicial de ejecución**» «la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente para ejecutar la orden europea en virtud del derecho de ese Estado». Según el art. 2, «en España, son "autoridades judiciales de emisión" competentes a efectos de emitir la orden europea el juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes, mientras que «son "autoridades judiciales de ejecución" competentes a efectos de dar cumplimiento a la orden europea los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional». El art. 9 de la ley enumera los delitos por los que puede emitirse una orden de detención europea. El art. 12 establece las únicas causas que permiten denegar el cumplimiento de dicha orden.

Lección 2.
LAS NORMAS JURÍDICO-PENALES

Bibliografía

Alchourrón/Bulygin, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires 1974; *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, en Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979, pp. 64 ss.; *Álvarez*, Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo, 2001; *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010; *Atienza/Ruiz Manero*, Las piezas del Derecho, 1996; *Bacigalupo*, La función del concepto de norma en la dogmática penal, RFDUC, 1986; *el mismo*, Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco, AP, 1994, pp. 449 ss.; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, I, 3ª ed., 1916, II-1, 2ª ed., 1914; *Bobbio*, Contribución a la teoría del Derecho, ed. y trad. de Ruiz Miguel, 1980, pp. 293 ss., 317 ss.; *el mismo*, Teoria della norma giuridica, 1958; *el mismo*, Teoría general del Derecho, trad. Rozo, Bogotá 1987; *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *Doval*, Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales: el caso de las normas penales en blanco, 1998; *Díez Ripollés*, La racionalidad de las leyes penales, 2003; *Dubischar*, Grundbegriffe des Rechts, 1968; *Dworkin*, Los derechos en serio, 1984; *Engisch*, Introducción al pensamiento jurídico, trad. Garzón Valdés, 1967; *Eser*, Reglas de conducta y normas de tratamiento. Algunas cuestiones merecedoras de reflexión respecto del papel del destinatario de la norma en Derecho Penal, RDPCr (7) 2001, pp. 177 ss.; *Gavazzi*, Norme primarie e norme secondarie, 1967; *Gimbernat*, El sistema del Derecho penal en la actualidad, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981, pp. 131 ss.; *Hart*, El concepto de Derecho, trad. de Carrió, Buenos Aires, 1963 (=The concept of Law, 1963); *Hernández Marín*, Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica, 1989; *Hruschka*, Reglas de comportamiento y reglas de imputación (trad. Baldó Lavilla), ADPCP 1994, pp. 343 ss.; *Kaufmann*, Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Kelsen*, Teoría pura del Derecho, Buenos Aires, 4ª ed., 1965; *el mismo*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat..., 1989; *Larenz*, Metodología de la Ciencia del Derecho, 1ª ed. trad. Gimbernat 1966, 2ª ed. de la 4ª alemana trad. de Rodríguez Molinero, 1980, reimpr. 1994; *el mismo*, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, en Festschrift für K. Engisch, 1969, pp. 150 ss.; *Luhmann*, Rechtssoziologie (2 vol.), 1972; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht, 2009; *el mismo*, Norma, causalidad y acción, 2014; *Mayer, M. E.*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *el mismo*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2ª ed., 1923; *Mestre Delgado*, Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, ADPCP, 1988, pp. 503 ss.; *Mir Puig*, Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal, en el mismo (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, 1982, pp. 9 ss.; *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 29 ss.); *el mismo*, Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la PANCP de 1983, RFDUC, monogr. 6 (1983), pp. 471 ss.; *el mismo*, Valoraciones, normas y antijuridicidad penal, en LH al Prof. Cerezo Mir, 2002, pp. 73 ss (hay versión *on line* en www.mundojuridico.adv.br y en RECPC (6), 2003, www.criminet.ugr.es/recpc/06, y en alemán en GA (12) 2003, pp. 863 ss.); *el mismo*, Norma de

determinación, valoración de la norma y tipo penal, en LH al Prof. E. Gimbernat, v. 2, p. 2008 (en alemán en Festschrift für R. D. Herzberg, 2008; *Miró Llinares/Bautista Ortuño*, ¿Por qué cumplimos las normas penales?: Sobre la disuasión en materia de seguridad vial, InDret, 4/2013; *Morales*, Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 537 ss.; *Muñoz Conde*, Funktion der Strafnorm, en Madlener... (ed.), Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, pp. 309 ss.; *Octavio de Toledo*, Sobre el concepto del Derecho penal, 1981; *Parsons*, The social system, 1951 (=El sistema social, trad. Jiménez Blanco/Cazorla, 2ª ed., 1976); *Puigpelat*, Principios y normas, en Anuario de Derechos Humanos, nº 6 (1990), pp. 231 ss.; *Ramos Vázquez*, Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito, 2008; *Raz*, El concepto de sistema jurídico, trad. Tamayo, México 1986; *Regis Prado*, Norma penal como norma de conducta, 2012; *Renzinowski*, Die Unterscheidung von primären Verhaltensnormen und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, en Festschrift für Gössel, 2000, pp. 3 ss; *el mismo*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, en Alexy (coord.), Juristische Grundlagenforschung, 2005; *Robles Planas*, Deberes negativos y positivos en Derecho penal, InDret 4/2013 (Negative und positive Pflichten im Strafrecht, GA, 2013); *Rocco*, L'oggeto del reato, en el mismo, Opere giuridiche, I, 1933; *Ross*, Lógica de las normas, trad. Hierro, 1971; *Schmidhäuser*, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964; *Silva*, Las normas de complemento de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas, RPJ (52) 1998, pp. 483 ss.; *el mismo*, ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas, en Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, 2001, pp. 559 ss.; *el mismo*, ¿Competencia «indirecta» de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal»?, en La Ley, 2 marzo 1993, pp. 1 ss.; *el mismo*, Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las «leyes penales en blanco», en Estudios penales y criminológicos, XVI, 1993, pp. 425 ss.; *el mismo*, La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales, Navarra, 2007; *Vives*, Hechos, valores y normas: crónica de un debate filosófico-jurídico, en Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, (9) 2011; *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *Weinberger*, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, 1981; *Von Wright*, Norma y acción, trad. García Ferrero, 1979; *Zaczyk*, Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, GA, 2014; *Zippelius*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971; *Zoll*, Rechtsnorm und Strafvorschrift, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 93 ss.

1 En la lección anterior hemos definido el Derecho penal como un «conjunto de normas, principios y valoraciones». Aquí nos ocuparemos especialmente de las normas jurídico-penales, sin perjuicio de considerar su relación con las valoraciones y principios del Derecho penal.

I. Concepto de norma jurídico-penal. Enunciados legales y normas jurídico-penales

2 ¿Qué entendemos por **norma jurídico-penal**? Ello depende en primer lugar de lo que entendamos por norma jurídica, como género al que pertenece la especie de las normas jurídico-penales. Una **norma jurídica** es un *mensaje prescriptivo —que prescribe* una actuación determinada— expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados.[1] Los textos

1. Cfr. Mir Puig, Derecho penal y Ciencias sociales, p. 20. A diferencia de las normas, los **principios** no prescriben una conducta determinada, porque no contienen una especificación suficiente de un supuesto de hecho ni de una consecuencia jurídica (cfr. Larenz, Metodología, p. 465), sino que sólo ofrecen razones para la decisión, sin determinarla totalmente (así Dworkin, Los derechos, pp. 75 s.). Mientras que las normas sólo pueden cumplirse o infringirse (no pueden cumplirse *a medias*), los principios tienen una «dimensión de peso» *(*Dworkin, op. cit., p. 77), que permite que se cumplan en mayor

legales, o enunciados legales, constituyen el vehículo de expresión de las normas legales, a cuya clase pertenecen las normas jurídico-penales. Tales enunciados legales reciben distintos nombres: «proposiciones jurídicas», «preceptos legales», «disposiciones legales». Con frecuencia también se denominan «normas legales», pero creo preferible distinguir claramente entre el texto legal y la norma o normas que expresa. El enunciado legal es un conjunto de símbolos lingüísticos que conviene diferenciar del mensaje prescriptivo que transmite, único que constituye la norma jurídica.

Por una parte, **no todo enunciado legal expresa una norma jurídica completa**. En el Código penal, no suelen transmitir mensajes prescriptivos completos las disposiciones del Libro I, destinado a la Parte General. Tales disposiciones tienen la función de precisar el alcance de los preceptos de la Parte Especial del Código penal —los que prevén los delitos y sus penas—. Así, por ejemplo, el artículo 10 CP expresa una definición que en sí misma no constituye ninguna norma en el sentido aquí defendido, sino que contribuye a delimitar el alcance de las normas que prohíben y castigan los distintos delitos.[2] Pero ello indica, además, que tampoco los preceptos definidores de los diferentes delitos determinan por sí solos todos los extremos de las normas penales, cada una de las cuales surge, pues, de la **puesta en relación de varios enunciados legales**. Sin embargo, puede admitirse que los preceptos que prevén los delitos y sus penas (como los de la Parte Especial del CP) constituyen la *sede lingüística principal* de las normas jurídico-penales, porque por sí mismos poseen sentido normativo, siquiera sea necesitado de ulterior concreción. En este sentido pueden contraponerse a las *disposiciones complementarias* de la Parte General. **3**

Por otra parte, **un enunciado legal puede servir de base a más de una norma jurídica**. Esto es lo que sucede, precisamente, en los preceptos de la Parte Especial del Código Penal, cada uno de los cuales sirve de base (principal) a dos clases de normas: una dirigida al juez, obligándole a imponer una pena en caso de que se cometa el delito de que se trate, y otra dirigida al ciudadano, prohibiéndole la comisión del delito. Ésta es la **norma primaria**, aquélla, la **norma secundaria**. **4**

II. Norma primaria y norma secundaria

A) Las proposiciones jurídicas que señalan una pena a un determinado comportamiento cumplen, sin duda, una *función de información y aviso* al **5**

o menor medida, por lo que constituyen «mandatos de optimización» (cfr. Alexy, Rechtstheorie 1979, p. 80). Sobre todo esto ver Puigpelat, Anuario de Derechos Humanos, nº 6 (1990), pp. 233 ss. Sobre la relación de las **valoraciones** jurídicas con las normas y los principios cfr. *infra*, V.

2. Cfr. Luzón, Curso, pp. 144 s.

ciudadano. Pero aquí nos interesa analizar únicamente su *función más específica de transmisión de normas*. En este sentido, no se dirigen literalmente al ciudadano, sino que sólo transmiten *de forma expresa* un mandato dirigido *al Juez* que le obliga a imponer la pena llegado el caso. Es lo que sucede con los preceptos de la Parte Especial del Código penal. Tomemos el ejemplo del precepto que castiga el homicidio: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años» (art. 138 CP). *Literalmente* sólo se expresa la norma que *obliga a castigar* al homicida con la pena de prisión. Poniendo en relación el precepto contemplado con otros del ordenamiento jurídico que reservan al Juez la misión de imponer las penas previstas por la Ley, se sigue que el deber de imponer la pena de prisión corresponde al Juez.

6 Sin embargo, al señalar una pena para el homicidio, el legislador pretende algo más que informar y castigar: pretende prohibir, bajo la amenaza de la pena, el homicidio. La conminación penal del homicidio transmite no sólo un aviso al ciudadano y la voluntad normativa de que el Juez castigue llegado el caso, sino, ante todo, la voluntad normativa de que los ciudadanos no maten —salvo que concurra una causa de justificación—. El enunciado legal que castiga un hecho con una pena ha de interpretarse, pues, como forma de comunicación de dos normas distintas: de una norma prohibitiva dirigida al ciudadano, que llamaremos **«norma primaria»** y de una norma que obliga a castigar dirigida al Juez, la cual designaremos como **«norma secundaria»**.[3]

7 B) La **existencia de la «norma primaria»** no se deriva del texto legal, que sólo se refiere a la «norma secundaria», pero es admitida con razón por la doctrina. En el propio Código penal se califica de «infracciones» a los «delitos» (así en la propia rúbrica del Título I del Libro I, y en preceptos como el art. 13, 14, 67, 73, 74, 75, 77, etc.), lo cual supone que la realización de un delito no sólo hace aplicable la norma que señala su castigo, sino que también entraña la infracción de una norma que prohíbe la conducta al ciudadano.[4] En efecto: si

---

3. Manejó ya la distinción propuesta Félix Kaufmann (1924): cfr. Armin Kaufmann, Lebendiges p. 54 (en contra éste de la norma secundaria, como Binding). En la actualidad de acuerdo Zippelius, Einführung, pp. 32, 36 ss. Rocco distinguía entre comando giuridico principale y comando giuridico secondario: cfr. Rocco, L'oggetto del reato, pp. 67 ss. Kelsen invirtió, en cambio, la distinción y llamó norma primaria a la dirigida al juez y norma secundaria a la dirigida al ciudadano: cfr. Kelsen, Teoría pura, pp. 76 ss., y Allgemeine Theorie der Normen, p. 43. Sobre los conceptos de norma primaria y norma secundaria cfr. también las obras de Gavazzi y Bobbio, (Contribución, pp. 317 ss.), cit. en la bibliogr. de esta Lección. La doctrina alemana actual habla también de **«norma de conducta»** y **«norma de sanción»**. Parte de esta distinción entre norma de conducta (primaria) y norma de sanción (secundaria), confiriéndoles funciones distintas, Freund, Strafrecht, 1/12. En todo caso, la doc. dom. admite hoy que las normas penales no sólo se dirigen al juez, sino que también pretenden motivar al ciudadano: así, Dubischar, Grundbegriffe, p. 9; Roxin, AT § 7 nota 53; en España, p. ej.: Antón Oneca, PG, p. 6.; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 42 s.; Cerezo, PG, I, p. 15; Luzón, Curso, p. 144. En contra Schmidhäuser, AT (1982), pp. 26 s.

4. Sobre la trascendencia de esta terminología, cfr. Mir Puig, RFDUC, monográfico 6 (1983), pp. 471 s.

sólo existiera la «norma secundaria», el delito no sería «infracción» alguna,[5] puesto que aquélla no prohíbe el hecho al ciudadano, sino que se dirige al Juez.

8 Por otra parte, en el Derecho vigente se expresa a veces la prohibición de realizar ciertas conductas de importancia mucho menor que los delitos. Así, por ejemplo, con frecuencia se formulan expresamente prohibiciones, como las de fumar en ciertos lugares o de pisar el césped, prohibiciones cuya infracción supone la imposición de una sanción administrativa. Mayor importancia tienen los mandatos y prohibiciones contenidos en normas como el Código de la Circulación, que constituyen la mayor parte de su articulado y que se anteponen expresamente a la indicación de la sanción correspondiente a cada infracción. En la legislación administrativa podrían citarse muchos otros ejemplos. Pues bien, sería absurdo que todos estos hechos de poca gravedad sancionados administrativamente se hallen prohibidos por el Derecho y, en cambio, no estuvieran prohibidos el homicidio, el robo, la violación, ni ninguno de los delitos previstos por el Código penal. Tampoco sería satisfactorio sostener que estos delitos sólo están prohibidos cuando otras leyes no penales los proscriben, pues ello puede no suceder respecto a delitos graves. Lo único razonable es entender que el Derecho considera necesario formular expresamente la prohibición de aquellos hechos que por su carácter en sí mismo no lesivo o poco grave podría resultar dudoso que debieran evitarse, mientras que no se cree necesario indicar expresamente prohibiciones tan evidentes como las de matar, robar o violar. Abonaría esta interpretación la evolución histórica del problema: en las leyes penales más antiguas se expresaba la prohibición de los delitos antes de indicar su castigo,[6] pero ello fue dejándose de hacer, seguramente a medida que se convirtió en una evidencia tal, que insistir en ella parecería cuestionar principios indiscutibles en un país civilizado. Ciertamente, chocaría a nuestra sensibilidad que una nueva ley penal dijera: «queda prohibido el asesinato» —como, sin embargo, hizo hace unos años una curiosa norma de un nuevo país africano—. Por lo demás, ello supondría tener que duplicar inútilmente la extensión del Código penal.

9 La existencia de las «normas primarias» como correlato de las «normas secundarias», en Derecho penal constituye, por otra parte, un presupuesto de toda la teoría del delito, tal como ha sido elaborada por la tradición de la Dogmática jurídica. Como se verá en su momento, toda esta elaboración dogmática arranca de la consideración del delito como infracción de una norma, lo que supone que se opone a una norma dirigida al ciudadano.

10 C) La concepción aquí mantenida no coincide exactamente con la teoría de las normas formuladas por Binding en el siglo XIX. Este autor tuvo el mérito de señalar la necesidad de admitir la existencia de normas dirigidas al ciudadano no formuladas por la redacción literal de los preceptos penales. Binding notó que de no admitirse tales normas, habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia de que el delincuente no infringe norma alguna y pese a ello se le castiga. Pero para el autor alemán las normas que infringe el delincuente son ajenas al Derecho penal: son normas pertenecientes al Derecho Público general —no específicamente penal—.[7] El Derecho penal se limitaría a castigar la infracción de dichas normas no penales: tendría una naturaleza meramente «sancionatoria». Las normas se hallarían expresadas a veces en ciertas leyes no penales o podrían deducirse de la existencia de las leyes penales, las cuales operarían como «actos concluyentes» que manifestarían la voluntad del Derecho de dirigir tales normas. Mas en este caso serían normas no escritas desprovistas de carácter

5. Cfr. Nino, Introducción, pp. 183 ss.
6. El argumento es de Binding: cfr. Armin Kaufmann, Lebendiges cit. p. 7.
7. Cfr. Binding, Normen I, pp. 89, 97, 255; Armin Kaufmann, Lebendiges cit., p. 10.

penal, e independientes de la ley penal.[8] Por otra parte, Binding negaba carácter de «norma» a la «ley penal» que establece la pena. La consideraba una «proposición jurídica autorizadora», reguladora del nacimiento, contenido y extinción de la relación jurídico-penal.[9]

11 Aunque partimos aquí de la admisión de que el delincuente infringe una norma que se le dirige y de que ésta es distinta de la que establece la pena, afirmamos —a diferencia de Binding— que tal norma, establecida al mismo tiempo que la pena, es una *norma jurídico-penal* porque se halla apoyada por la amenaza de una pena. Como vimos en la Lección anterior, entendemos por Derecho penal tanto las normas que imponen penas a los delitos como aquéllas que prohíben la comisión de éstos. De otro modo, ¿a qué rama del Derecho habría que asignar tales normas? ¿No sería poco operativa la categoría de un «Derecho público general» que no es Derecho político ni Derecho administrativo ni penal? Por otra parte, parece más ajustado a la naturaleza de estas normas vincularlas claramente con los preceptos penales de los que depende —según su interpretación— la creación y configuración de normas de aquella clase y qué importancia poseen. Así, ésta depende de la gravedad de la pena señalada, y los límites de cada norma pueden resultar modificados si se altera el precepto penal correspondiente. No debe hablarse, pues, de una propia autonomía de estas normas respecto de los preceptos penales; ni ha de atribuirse una función meramente «sancionatoria» al Derecho penal. Es preferible afirmar que el Derecho penal se manifiesta a través de los preceptos penales en dos direcciones: prohibiendo los delitos y castigándolos a través de una regulación unitaria.

12 Esto no significa que *todos* los elementos de la norma secundaria, que condicionan la pena, deban afectar a la norma primaria. Determinadas *condiciones de punibilidad* no afectan a la prohibición del hecho, sino sólo a su castigo. Por otra parte, una norma primaria puede verse *restringida* por la existencia de alguna disposición ajena al Derecho penal que conceda un derecho o imponga un deber de realizar en determinados casos conductas previstas en un precepto penal. Todo esto se estudiará al examinar la teoría del delito.

13 El Derecho vigente viene a confirmar el planteamiento aquí admitido cuando habla de «infracción *penal*» (así, en la propia rúbrica del Título I del Libro I CP). Si el ciudadano sólo puede infringir la norma primaria, única que se le dirige, estas expresiones indican que se concibe a la norma primaria como norma penal.[10]

14 Tampoco compartimos la negación del carácter de «normas» a los preceptos que imponen la pena. Lo más natural parece reconocer que tales preceptos no sólo autorizan a imponer una pena, sino que obligan a ello. Poniendo en relación este deber con la función que asignan a los jueces las leyes procesales, se sigue que la ley penal obliga a aquéllos a imponer las penas correspondientes.

III. Estructura de las normas penales

15 A) Suele decirse que la estructura de toda norma jurídica se halla constituida por dos elementos: un **«supuesto de hecho»** y una **«consecuencia**

8. Cfr. Binding, Normen I, pp. 155 s.

9. Cfr. Binding, Normen II, pp. 19 s.; Armin Kaufmann, Lebendiges, p. 14.

10. Acogen en el mismo sentido esta expresión «precepto penal» usada en este contexto por Rocco, Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 43. También entiende dirigidos a los ciudadanos los «preceptos penales» Antón, PG p. 6.

jurídica». Ésta sería, pues, la estructura de las normas jurídico-penales.[11] Se piensa, respecto a esto último, en las normas que establecen la pena o la medida de seguridad («normas secundarias»). En ellas la conducta delictiva constituye, en efecto, el supuesto de hecho y el deber de imponer la pena o la medida de seguridad es su consecuencia jurídica. Menos evidente es la estructura de las «normas primarias». Éstas no suelen formularse hipotéticamente, sino en forma incondicionada: «¡No matarás!», «¡no robarás!», etc. Sin embargo, lo cierto es que también esta clase de normas resultan aplicables en determinados *supuestos* y tienen una *consecuencia jurídica* que es el deber de hacer u omitir algo. Así, la norma que prohíbe el homicidio tiene como supuesto de hecho una situación en que sea físicamente posible al destinatario matar a una persona que no sea un suicida que lo solicite —porque en este caso concurriría otra norma, prohibitiva del llamado homicidio-suicidio—, y del que no sea necesario defenderse legítimamente ni se halle condenado a una pena de muerte; integraría la consecuencia jurídica de esta norma el deber de no matar voluntariamente a dicha persona.[12]

16 B) Supuesto de hecho y consecuencia jurídica componen la estructura de las normas jurídico-penales *estáticamente* consideradas. Pero las normas jurídicas, y entre ellas las penales, constituyen mensajes prescriptivos y poseen, por tanto, una determinada **función de comunicación** entre sujetos. Desde este punto de vista de la función social de la norma, cabe advertir la estructura propia de las relaciones sociales presentes en las normas penales. A Calliess se debe el mérito de haber señalado este aspecto de la norma penal. A partir de la concepción de la sociedad como sistema de procesos de interacción y comunicación,[13] este autor sostiene que la norma penal posee una función de comunicación entre tres sujetos. Estos sujetos son el destinatario de la prohibición o eventual sujeto activo de la conducta delictiva —al que Calliess llama *Ego*—, la posible víctima de dicha actuación —al que denomina *Alter*—[14] y el llamado a reaccionar frente al delito mediante la pena —*Tercero*—. La norma crea entre Ego, Alter y Tercero un complejo de expectativas recíprocas: una red comunicativa en la cual cada sujeto espera no sólo el comportamiento, sino también las expectativas de los otros. Así, Ego ha de expresar no sólo un determinado comportamiento del Tercero como respuesta a su actuar, sino también que el Tercero y Alter esperen que se deje determinar en favor de una conducta no delictiva.[15]

---

11. Cfr. p. ej., Zippelius, Einführung, pp. 32 s.; Larenz, Metodología, 1ª ed., p. 164; Muñoz Conde, Introducción, p. 14; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 36; Camargo, Introducción, pp. 162 ss. También se denomina consecuencia jurídica la imposición misma de la pena o medida de seguridad, o incluso la propia pena o medida.

12. Cfr. en sentido parecido Engisch, Introducción, p. 46.

13. Éste es el planteamiento de la sociología funcionalista de Parsons, op. cit. y Luhmann, op. cit.

14. La distinción de Ego y Alter, así como sus relaciones, procede de Parsons, El sistema social, p. 16.

15. Cfr. Calliess, Theorie, pp. 15 ss. Acoge el «carácter comunicativo o dialogal» de la estructura de la norma Bustos/Hormazábal, PG, pp. 37 s. y 41.

IV. Proposiciones jurídico-penales incompletas y «leyes penales en blanco»

17 A) Los enunciados legales que prevén los delitos y sus penas no determinan por sí solos todos los elementos de las normas penales a que sirven de base, sino que, como dijimos más arriba, han de ponerse en relación con otros enunciados legales previstos en la Parte General. Ello permite afirmar que ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica de las normas penales se hallan expresados de forma completa en ningún precepto del Código penal. En este sentido, todas las disposiciones del Código penal aparecen, vistas aisladamente, como **proposiciones incompletas**. No obstante, los preceptos penales principales —los de la Parte Especial— suelen determinar completamente los elementos más *específicos* de la correspondiente conducta delictiva y señalan una pena determinada —aunque tanto aquel supuesto de hecho como esta consecuencia jurídica se hallen precisados en otros preceptos complementarios—. Así, el art. 138 describe la acción de matar a otro, núcleo específico del supuesto de hecho de la norma correspondiente.[16]

18 B) Se habla de **«leyes penales en blanco»** para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que *completen* la determinación de aquellos elementos. Así, por ejemplo, cuando el art. 363 CP dice: «Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores: 1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos *en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición*.» Pero el alcance preciso del concepto de ley penal en blanco varía según los autores:

19 a) En su origen la noción de ley penal en blanco sirvió en Alemania para explicar los casos en que la ley del Imperio (Código penal del *Reich*) dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los Estados federales (*Länder*) o de los Municipios.[17] La ley penal en blanco se concibe, por ello, en un principio, como «autorización» o «delegación» por parte de un órgano legislativo *superior* respecto de órganos de *inferior* jerarquía: la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco. Ésta es la concepción que ideó Binding.[18]

---

16. Sobre esto, más ampliamente, Mir Puig, Introducción, pp. 40 ss.

17. Cfr. Stampa Braun, Introducción, p. 30. Sobre la admisibilidad de que en España normas autonómicas rellenen el supuesto de hecho de leyes penales en blanco cfr. Silva, La Ley, 2 marzo 93, pp. 1 ss. (a favor).

18. Vid. Binding, Normen, § 24, I, 2, pp. 161 ss.

b) Mezger amplió más adelante este concepto de ley penal en blanco, añadiendo otros dos supuestos. Junto al caso mencionado —el complemento de la ley en blanco se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa—, que siguió considerando el de ley penal en blanco «en sentido estricto», adicionó los siguientes: **20**

1º) El complemento se halla contenido en el mismo Código o Ley que contiene el precepto penal en blanco. **21**

2º) El complemento se halla previsto en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa. **22**

Para Mezger, estos supuestos coinciden con el de ley penal en blanco «en sentido estricto» en que todos ellos son sólo modalidades particulares de «técnica legislativa externa», sin que ello encierre mayores consecuencias. En los tres casos «el necesario "complemento" es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales...».[19] **23**

c) La concepción amplia de Mezger, aceptada en nuestro país por algún autor,[20] es rechazada por la mayoría de la doctrina. Suele coincidirse en negar el carácter de ley penal en blanco al supuesto en que el complemento se ubica en el mismo cuerpo legal.[21] Ello está justificado, pues es mera cuestión de técnica legal el número de artículos que se utilice para expresar una norma dentro de una misma ley, que *en conjunto* no podrá considerarse incompleta por el hecho de que acuda a varios —de hecho es regla que sea preciso relacionar varios artículos del Código penal para obtener una norma (cfr. supra I). **24**

Más discutida es la cuestión de si deben considerarse leyes penales en blanco todas las que remiten a un cuerpo legal distinto, cualquiera que sea su rango, o únicamente aquéllas en que el complemento debe buscarse en una instancia inferior. **25**

De optarse por este último sentido más estricto,[22] se volvería al punto de partida histórico del concepto de ley penal en blanco: ésta se concibe como una «autorización» a una instancia inferior. En el **fundamento** de este concepto, así entendido, descansaba algo más que una pura «técnica legislativa», contra lo que pretendió Mezger. Se trataba de un procedimiento dotado de significado político vinculado al *principio de legalidad*. Era la única vía —de la cual debe hacerse uso excepcional— que permitía definir delitos a la Administración Pública o a otros órganos de inferior jerarquía a la exigida por el principio de legalidad —que como veremos en la Lección 4, II, reserva al Parlamento la aprobación de normas penales y plantea, por tanto, la cuestión de la **constitucionalidad** de las leyes penales en blanco en sentido estricto—. Pues bien, este significado *político* es ajeno a las modalidades que añadió Mezger, que constituyen —éstas sí— un mero expediente técnico. **26**

d) Pero hay otros aspectos que hacen preferible un **concepto algo más amplio** de ley penal en blanco, que abarque todos los casos en que el complemento se **27**

19. Cfr. Mezger, Tratado I, 2ª ed., pp. 381 ss.

20. Vid. Rodríguez Devesa, PG p. 179.; Landrove, Introducción, pp. 78 s.

21. P. ej., cfr. Jiménez de Asúa, Tratado, II, 3ª ed., p. 353; Quintero/Morales/Prats, PG, p. 22; Muñoz Conde, Introducción, p. 18; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 40 ss.; Cerezo, PG, I, p. 155.

22. Como hace Stampa Braun, Introducción, pp. 32 ss. Aunque también Jiménez de Asúa, loc. cit., reserva para este supuesto «la estrictez o rigurosidad de las leyes en blanco», admite como «caso impropio» el de remisión a una ley del mismo rango.

halla fuera del Código o Ley de que se trate, con independencia de si es del mismo o de inferior rango que ésta. A los efectos de tratamiento del **error** (cfr. infra, Lecciones 10 y 24) y de la **retroactividad de la ley penal más favorable** (cfr. infra, Lección 4), el hecho de que el supuesto de hecho se describa en un Cuerpo legal distinto al que señala la pena, plantea una problemática que es independiente de la jerarquía respectiva de las Leyes en juego.

28 En cuanto al **error**, suscitan idénticos problemas todos los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una Ley no penal. Anteriormente, estos supuestos se consideraban como de **error de derecho extrapenal**, lo que permitía admitir su eficacia exculpante pese a que no se aceptaba en las demás clases de error de derecho (cfr. Lección 21). En la actualidad se distingue entre el error sobre los elementos del supuesto de hecho del precepto no penal (a tratar como todo «error de tipo») y el error sobre la existencia o límites de dicha norma (a tratar como todo «error de prohibición», cuya relevancia hoy ya se reconoce con carácter general)[23] (Cfr. Lección 21).

29 Tampoco en materia de **retroactividad** de la ley más favorable cabe discriminar según la jerarquía de la Ley en que se encierra el complemento. En los dos casos posibles —igual e inferior rango— se plantea de igual forma la cuestión de si ha de aplicarse retroactivamente, según el art. 2, 2 CP, la Ley penal en blanco que ha visto modificado su complemento por alteración, beneficiosa para el reo, de la fuente en que se halla dicho complemento. Así, si se modifican los reglamentos a que alude el art. 363 CP. El difícil problema que ello suscita[24] no se ve afectado por la jerarquía de la disposición modificada, por lo que deja de ser útil, a estos efectos, limitar el concepto de ley penal en blanco a los casos de remisión a una instancia legislativa inferior.

30 Por estas razones, de igualdad de tratamiento de los dos supuestos posibles de complemento situado *fuera de la ley* en que se halla el precepto penal en blanco, es oportuno incluir en este concepto todo precepto definidor de un delito que **deje la determinación de alguna parte específica del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de Administración**.[25]

31 e) Concepto en cualquier caso distinto al de Ley penal en blanco es el de las disposiciones que precisan el supuesto de hecho y remiten a otro lugar la fijación de la *consecuencia jurídica*. Este supuesto, que Jiménez de Asúa denomina **«ley en**

---

23. Vid. Warda, Abgrenzung, pp. 36 ss.; Maurach, AT, p. 274; Welzel, Lb. p. 168.

24. Vid. Casabó, en Córdoba y otros, Comentarios, II, pp. 50 ss., con especial consideración de las modificaciones relativas a normas de tráfico. También, ampliamente, Silva, Legislación, pp. 429 ss., a favor de una solución diferenciadora, según que la modificación legislativa afecte o no a la necesidad actual de pena del hecho cometido en su momento (pp. 458 ss.); de acuerdo, Luzón, Curso, p. 192. En lo demás, en favor de la retroactividad favorable al reo: Antón, PG p. 107; Ferrer Sama, Comentarios, II, pp. 152 ss.; Córdoba, Notas, I, p. 144; Cerezo, PG, I, p. 180. Vid. también las SSTS 26 jun. 63, 8 nov. 63, 9 mar. 64, 13 dic. 66, 6 jun. 83.

25. Esta es la doc. dom. en Alemania: cfr., p. ej., Jescheck, Tratado, p. 150; Maurach, Tratado, I, p. 98. En nuestro país cfr. en este sentido: Cerezo, PG, I, p. 155; Quintero/Morales/Prats, PG, pp. 22 ss.; Sáinz Cantero, Lecciones, p. 353. Muñoz Conde, Introducción, pp. 18 ss., y Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 40 ss., no exige rango inferior en la norma que define el supuesto de hecho, pero sí que no sea una ley penal.

blanco al revés»,[26] suscita mayores reparos desde el punto de vista del principio de legalidad: confiar la determinación de la pena a una disposición administrativa, de rango inferior al requerido para las normas penales, no constituye un procedimiento atento a las garantías constitucionales. Debe entenderse que sólo el Parlamento puede decidir algo tan grave como la precisa determinación de una pena.

V. Normas de valoración o normas de determinación

32 ¿Establecen las normas penales meras *valoraciones* acerca de las conductas delictivas, poseen por el contrario carácter *imperativo*, o existen normas penales de una y otra naturaleza? Ésta es la cuestión que hay que decidir al plantear la alternativa de normas de valoración o normas de determinación. Una norma sería (sólo) **de valoración** si se limitase a expresar un *juicio de valor*, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario. **«Norma de determinación»** significa, en cambio, la expresión de un *mandato o prohibición* que trata, a modo de imperativo o directivo, de *determinar* la conducta de su destinatario.[27]

33 En el ámbito del Derecho penal de la pena la discusión de esta alternativa tiene sentido con relación a las «normas primarias» dirigidas al ciudadano. Me parece obvio que las «normas secundarias» dirigidas al Juez tienen carácter imperativo, puesto que sin duda *ordenan* la imposición de una pena —aunque también presuponen la valoración de dicha pena como adecuada—. En cambio, cabría discutir si las normas primarias son de valoración o de determinación. Así, en el primer caso el precepto que castiga al homicidio establecería para el ciudadano un mero juicio desvalorativo de la conducta homicida, según el cual «el homicidio es contrario al Derecho penal». Ello no implicaría ningún imperativo dirigido a los ciudadanos para que no mataran. Entendidas, por el contrario, como normas de determinación, las normas primarias expresarían la prohibición de realizar la conducta penada.

34 La doctrina ha admitido normalmente que las normas primarias principales no suponen sólo juicios de valor, sino que expresan prohibiciones o mandatos. Sin embargo, una importante dirección (neoclásica) creyó posible *partir* de la consideración del Derecho como un conjunto

---

26. Vid. Jiménez de Asúa, Tratado, II, pp. 352 s.

27. Vid. Engisch, Einführung, pp. 22 ss.; Armin Kaufmann, Lebendiges, pp. 123 ss.; Jescheck, Tratado, pp. 319 s.; Welzel, Naturalismus, p. 85; Petrocelli, Principi, pp. 2 ss.; García-Pablos, Introducción, pp. 271 ss. Sin embargo, toda norma de determinación presupone una valoración, la de que es bueno o conveniente el mandato que transmite. Ello a su vez presupone otras valoraciones, como las que se ejemplifican en el texto, nº 34. Abundo en la especificación de las distintas valoraciones correspondientes a cada elemento del delito y que cabe desprender de la norma primaria de prohibición o mandato en mis trabajos Valoraciones, normas y antijuridicidad penal y Norma de valoración, valoración de la norma y tipo penal, *passim*.

de **normas objetivas de valoración** destinadas a decidir lo que es conforme al orden jurídico y lo que lo contradice. Esta concepción sirvió de base para construir la teoría del delito a partir de su consideración como hecho contrario a las normas objetivas de valoración —en ello consistiría su *antijuridicidad*—. Para un *segundo momento* de la teoría del delito (la *culpabilidad*) se dejaba la oposición subjetiva del sujeto a la **norma subjetiva de determinación**, que se entendía derivada de la norma de valoración.[28] Esta construcción no puede ser aceptada en cuanto atribuye el carácter de norma a la mera valoración. *Valorar* no es todavía *normar*. **Conviene distinguir entre valoraciones y normas**. El Derecho está integrado de ambas cosas, además de constar de principios. Así, por ejemplo, si el Derecho valora positivamente el bien de la vida humana, ha de valorar negativamente toda muerte de un ser humano, y, sin embargo, no puede prohibir mediante sus normas toda causación de muerte, ni siquiera por parte de un ser humano, sino sólo las producidas por conductas voluntarias previstas en un tipo penal no justificadas y evitables por el sujeto. Pero, si las valoraciones jurídicas no bastan para la existencia de normas determinadoras de conductas concretas, resultarán insuficientes para quien vea en la función directiva (de determinación) del Derecho penal su cometido esencial. Tal es la concepción que me parece preferible en el Estado social y democrático de Derecho que impone la Constitución (art. 1, I), en el cual el Derecho penal ha de servir de instrumento jurídico democráticamente delimitado (Estado democrático de Derecho) con el que *dirigir* la vida social (Estado social) a la protección de los bienes jurídicos fundamentales. Han de quedar atrás otras concepciones del Estado —como la teocrática o la puramente liberal— que pudieran legitimar un sistema de penas puramente retributivas de la infracción de unas normas valorativas, despojadas de la misión de conducir la vida social hacia una meta deseable.[29]

35 Las normas penales, tanto las secundarias como las primarias, deben entenderse, pues, ante todo como expresión de un imperativo. Las normas primarias están destinadas a influir en el proceso de **motivación** del ciudadano, prohibiéndole delinquir. Las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena. Evidentemente, al imperativo precede la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada, pero para la efectividad de la norma penal lo decisivo es que se le asigne la virtualidad de un imperativo.[30] Esto es lo que distingue una *norma* vigente de una *valoración* jurídica.

36 No obstante, es correcto partir de que **las normas penales, aunque imperativas, presuponen determinadas valoraciones**, y no sólo la concreta valoración negativa de las conductas prohibidas por las normas, sino también otras más generales, como la valoración positiva de los bienes jurídico-penales y otros intereses jurídicos, la valoración del ser humano consciente como el único destinatario legítimo de las normas penales y la consideración de que no es lícito imponer penas a enfermos mentales, menores u otras personas que no pueden ser motivados normalmente por las normas jurídico-penales. Por lo tanto, las valoraciones jurídico-penales dan lugar no sólo a normas concretas, sino también a **principios generales** del Derecho penal (p. ej.: principio de exclusiva

28. Cfr. Mezger, Tratado, I, pp. 281 ss., 284; Cobo/Vives, PG (1990), p. 213.
29. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 25 ss.
30. Así Jescheck, Tratado, p. 320.

protección de bienes jurídicos, principio de culpabilidad, y muchos otros que veremos que rigen tanto las penas como los delitos, tanto las normas secundarias como las primarias).[31]

37 La concepción imperativa de las normas penales posee **consecuencias fundamentales en la función de la pena y la teoría del delito**. Si se admite la esencia imperativa de la norma dirigida al ciudadano, será más coherente asignar al Derecho penal, y por tanto a la pena, la **función de prevención** de delitos, que una función puramente *retributiva*. Ello ha de servir de **base de la teoría del delito**.

38 En efecto, quien entienda la norma primaria como imperativo, atribuirá a la norma la función de motivar en contra del delito, es decir, la función de prevención de delitos. En cambio, quien vea en la función valorativa el carácter esencial de la norma primaria, llevará al primer plano la función de valoración retributiva de la pena, que se entenderá como manifestación de desvalor por el hecho desvalorado cometido, esto es, como pura retribución.

39 La consideración detenida de la función del Derecho penal se efectuará más adelante. Pero se ha adelantado aquí uno de los aspectos del problema, que permite advertir que la discusión planteada sobre el carácter imperativo o valorativo de las normas penales no es puramente «teórica», sino que tiene importantes consecuencias en orden a la orientación político-criminal del Derecho penal.

40 También la teoría del delito resulta afectada, y en su mismo centro, por la concepción imperativa de las normas primarias. Un imperativo sólo tiene sentido si puede ser recibido por su destinatario. Desde este prisma hay que considerar el dolo y la posibilidad de conocimiento de la norma, en cuanto condicionan la recepción del imperativo por el sujeto, como *condiciones de aplicación de la norma*. Si la norma es un imperativo dirigido a la voluntad, sólo podrá infringirse voluntariamente. La cabal comprensión de estas afirmaciones requiere el estudio de la teoría del delito (cfr. *infra*, Lecciones 5, 6 y 20).

41 Pero también ha de tener consecuencias fundamentales el hecho de que las normas y los principios jurídico-penales presupongan determinadas valoraciones por parte del Derecho penal. **La función preventiva** de las normas que imponen penas **ha de estar *limitada*** por los valores a cuya protección sirven. La teoría del delito ha de reflejar también estos valores.

42 Así, sólo podrán considerarse *penalmente antijurídicos* ataques a bienes valorados por el Derecho penal. Por tanto, la **antijuridicidad penal** será un juicio de desvalor expresivo de la nocividad de un hecho para un bien jurídico-penal no justificado por otros intereses valorados como superiores por el Derecho (cfr. *infra*, Lecciones 5 y 6). La valoración del ser humano consciente como el único destinatario legítimo de normas penales y la consideración de que no es lícito imponer penas a enfermos mentales, menores u otras personas que no puedan ser motivadas normalmente constituyen el fundamento del **principio de culpabilidad o de imputación personal** (cfr. *infra*, Lecciones 5 y 20).

---

31. Cfr. Atienza/Ruiz Manero, Piezas, pp. 123 ss.

43 Respecto a las normas relativas a **medidas de seguridad**, la cuestión de su naturaleza imperativa se plantea en términos distintos. Los preceptos que establecen medidas de seguridad no transmiten «normas primarias» específicas dirigidas a los ciudadanos. La peligrosidad no es una *conducta* que se pueda prohibir, sino un *estado del sujeto* en sí mismo no prohibible. Los imperativos no pueden referirse al modo de ser, sino al actuar. Los preceptos que establecen medidas de seguridad solamente contienen la norma dirigida al Juez ordenándole la imposición de una medida de seguridad a los sujetos peligrosos. Ahora bien, esta norma sí tiene carácter imperativo.[32]

44 No obsta a este carácter imperativo el hecho de que el Juez disfrute de un amplio margen de **discrecionalidad** para decidir la imposición de una medida de seguridad. No puede confundirse esta discrecionalidad con la arbitrariedad o la ausencia de toda vinculación (imperativa). La discrecionalidad supone que se confía al Juez la *decisión de cuándo concurren* los presupuestos legales de una medida de seguridad, presupuestos cuya concurrencia no es evidente ni indiscutible, y también que el Juez puede elegir en su caso entre varias medidas posibles. Pero tanto los presupuestos legales como los criterios de elección entre las medidas se imponen al Juez con carácter imperativo —lo que no implica que se formulen necesariamente en forma expresa y concreta, pues a menudo intervienen principios generales y tácitos no por ello menos imperativos—. Toda actuación judicial discrecional ha de considerarse reglada por ciertos principios jurídicos vinculantes. En ello se diferencia de la arbitrariedad.

32. Se adhiere a este planteamiento Luzón, Curso, p. 68.

Lección 3.
LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

Bibliografía

A.A.V.V., Recht und Moral, 1991; *Agustina Sanllehí*, El debate actual entre privacidad y prevención del delito: una propuesta comunitarista, en InDret 1/2010; *Alcácer*, Los fines del Derecho penal, Buenos Aires, 2001; *el mismo,* Prevención y garantías: conflicto y síntesis, en Doxa, nº 25, 2002; *Aguado*, El principio de proporcionalidad en Derecho penal, 1999; *Aller*, Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo, 2006; *Álvarez*, Principio de propocionalidad. Comentario a la STC 20 julio 1999, La Ley 1999-5, pp. 2053 ss.; *Alvira Martín*, El efecto disuasor de la pena, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, VII, 1984, pp. 5 ss.; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 3ª ed., 1980; *el mismo*, Directions et directives de politique criminelle dans le mouvement de réforme pénale moderne, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 779 ss.; *Antón Oneca*, La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, 1944; *el mismo*, Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración, REP 1964, pp. 426 ss.; *el mismo*, La teoría de la pena en los correccionalistas, en el libro Estudios Jurídico-sociales en homenaje a Legaz Lacambra, II, 1960, pp. 1024 ss.; *Anttila*, Neue Tendenzen in der Kriminalpolitik in Skandinavien, ZStW 95 (1983) (=Archives de politique criminelle, 1983, pp. 217 ss.); *Armenta*, Pena y proceso: fines comunes y fines específicos, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 207 ss.; *Arroyo/Neumann/Nieto* (coord.), Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo, 2003; *Baratta*, Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en CPC, nº 24 (1984), pp. 533 ss.; *Barbero Santos*, Pedro Dorado Montero, en REP 1966, nº 173; *el mismo*, Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad..., en el mismo, Estudios de Criminología y Derecho penal, 1972; *el mismo*, Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Org. de CP, en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980; *el mismo*, Marginación social y Derecho represivo, 1980; *Baumann y otros*, Alternativ-Entwurf eines StGB, AT, 2ª ed., 1969; *Beling*, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908; *Bentham*, Teoría de las penas y de las recompensas, 1826; *Berdugo*, El delito de lesiones, 1982; *Bergalli*, ¿Readaptación social a través de la pena?, 1976; *Beristain*, Medidas penales en Derecho contemporáneo, 1970; *Berolzheimer*, Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform, 1907, reimpr. 1963; *Blondieau y otros*, Rétribution et justice pénale, 1983; *Bockelmann*, Vom Sinn der Strafe, en Heilderberger Jahrbücher (1961), pp. 25 ss.; *el mismo*, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils, en Franz von Liszt zum Gedächtnis, 1969, pp. 53 ss.; *Boix Reig*, Significación jurídico-penal del art. 25, 2 de la Constitución, en el libro colectivo Escritos penales (Univ. Valencia) 1979, pp. 107 ss.; *Bottke*, Assoziationsprävention, 1995; *el mismo*, La actual discusión sobre las finalidades de la pena, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 41 ss.; *Bueno Arús*, La Sanción penal, Boletín Inf. Mº Just. nº 1148 (1978), pp. 3 ss.; *Burgstaller*, Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP. Versuch einer Bestandsaufnahme, ZStW 102 (1990), pp. 637 ss.; *Bustos*, Bases críticas de un nuevo Derecho penal, Bogotá, 1982, pp. 115 ss.; *el mismo*, Control social y sistema penal, 1987; *Bustos/Hormazábal*, Pena y Estado, en Papers, nº 13 (1980); *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *el mismo*, Die

Strafzwecke und ihre Funktion, en Festschrift für H. Müller-Dietz, 2001, pp. 100 ss.; *Cattaneo*, Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, 1981; *Cid Moliné*, ¿Pena justa o pena útil?, 1994; *Conesa*, Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas, 1985; *Córdoba Roda*, La pena y sus fines en la Constitución, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, I, 1980, pp. 151 ss.; *Cuello Calón*, La moderna penología, 1958; *Cuello Contreras*, La ideología de los fines de la pena, ADPCP 1980, pp. 423 ss.; *Cuerda*, Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 161 ss.; *De Acutis/Palombarini (ed.)*, Funzioni e limiti del diritto penale, 1984; *De la Cuesta Arzamendi*, ¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?, RECPC 2008; *Demetrio*, Crítica al funcionalismo normativista, en RDPC (3) 2010; *Díez Ripollés*, El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, AP, 2001, pp. 1 ss; *Donini*, Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale, en Il Foro Italiano, 2001, pp. 3 ss.; *Doval*, Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, 1999; *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947; *el mismo*, Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Mabregeln, ZStW 65 (1953), pp. 481 ss.; *Eser/Cornils (ed.)*, Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987; *Eser*, Resozialisierung in der Krise?, en Festschrift für K. Peters, 1974, pp. 505 ss.; *Eusebi*, La «nuova» retribuzione, en Rit.DP 1983, pp. 914 ss., 1315 ss.; *Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *Feijoo*, Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal, Buenos Aires 2007; *el mismo*, Retribución y prevención general, en *Cuerda* (dir.), La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos, 2006; *el mismo,* Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs, ADPCP 2006; *el mismo*, Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males, una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs, en Cancio/Feijoo/Jakobs (coords.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008; *el mismo*, La pena como institución jurídica: retribución y prevención general, 2014; *Fernández Rodríguez*, Los límites del *ius puniendi*, ADPCP 1994 (Fasc III), pp. 87 ss.; *Ferrajoli*, El Derecho penal mínimo, en Poder y Control, nº 0 (1986), pp. 25 ss.; *el mismo*, Derecho y razón, 4ª ed. española, 2000; *Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 11ª ed., 1832, 14ª ed., 1847, reimpr. 1973; *el mismo*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799, reimpr. 1966; *Filangieri*, Ciencia de la legislación, 3ª ed., 1822; *Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, 2ª ed., 1975; *Frisch*, Das Marburger programm und die Maßregeln..., ZStW 94 (1982), pp. 565 ss.; *el mismo*, Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, en InDret 3/2007; *el mismo*, Pena, delito y sistema del delito en transformación, en InDret 3/2014; *el mismo*, Zum Zweck der Strafandrohung. Ein Beitrag zur Theorie von der positive Generalprävention, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdi skussion, 1987; *García Arán*, La concepción de la pena y los límites constitucionales a la prevención en la reforma penal, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J.R. Casabó, 1997, pp. 803 ss.; *García-Pablos*, La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo, ADPCP 1979, pp. 645 ss.; *el mismo*, Estudios penales, 1984; *el mismo*, Sobre la función resocializadora o rehabilitadora de la pena, en CPC (100) 2010; *García Pérez*, La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial, en RECPC (9) 2007; *García Valdés*, Introducción a la penología, 2ª ed., 1982; *el mismo*, Comentarios a la legislación penitenciaria, 1982; *Garrorena*, El Estado español como Estado social y democrático de Derecho, 5ª reimpr., 1992; *Gerpe*, Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal, RJCat 1991 (3), pp. 685 ss.; *Gimbernat*, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981; *Gómez Benítez*, Racionalidad e irracionalidad en la medición de pena, RFDUC monográfico 3 (1980), pp. 129 ss.; *Gómez-Jara*, Die Strafe: Eine Systemtheoretische Beobachtung, en Rechtstheorie, v. 26, 2005; *el mismo* (ed.), Teoría de sistemas y Derecho penal, 2005; *el mismo*, La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?, en InDret 2/2008; *Gómez Pavón*, Cuestiones actuales del Derecho Penal Económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas, RDPCr (número extraordinario) 2000, pp. 425 ss.; *González Rus*, Teoría de la pena y Constitución, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, VII, 1984, pp. 223 ss.; *Gössel*, Esencia y fundamentación de las sanciones jurídico-penales, en Polaino (comp.), Estudios jurídicos sobre la reforma penal, 1987, pp. 47 ss.; *Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, 2003; *el mismo,* Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo, Perú, 2007; *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie.: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, 2009; *el mismo*, Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal, en InDret 4/2010; *Haffke*, Tiefenpsychologie und

Generalprävention, 1976; *el mismo*, Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 955 ss.; *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; *Hassemer*, Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social, en Mir Puig (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, 1982, pp. 117 ss.; *el mismo*, Resozialieserung und Rechtstaat, KrimJ 1982, pp. 161 ss.; *el mismo*, El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal «eficaz», en Estudios Penales y Criminológicos, XV, Santiago, 1992, pp. 181 ss.; *el mismo*, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 1001 ss.; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1970; *Henkel*, Die richtige Strafe, 1969; *v. Hentig*, Die Strafe, I, 1954 (=trad. esp. Rodríguez Devesa, I, 1967); *Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *Hruschka*, Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts, en Festschrift für I. Puppe, 2011; *Jaén*, La legitimación del derecho penal y su función social, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J.R. Casabó, 1997, pp. 45 ss.; *el mismo*, Los principios superiores del Derecho penal, 1999; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, 1996; *el mismo*, Sobre la teoría de la pena, PJ, nº 47; *el mismo*, Bases para una teoría funcional del Derecho penal, Lima, 2000; *el mismo*, La pena estatal: significado y finalidad, trad. de *Cancio/Feijoo*, 2006; *Jehle (ed.)*, Kriminalprävention und Strafjustiz, 1996; *Jescheck*, Die Krise der Kriminalpolitik, ZStW 91 (1979), pp. 1037 ss. (=el mismo, Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft, 1980, pp. 139 ss., y DP 1980, pp. 45 ss.); *el mismo*, Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal, en Mig Puig (ed.), La reforma del Derecho Penal, I, 1980, pp. 9 ss.; *el mismo*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Neugestaltung des Mindestprogramms der Défense Sociale, en Festschrift für Blau, 1985, pp. 425 ss.; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad en el Derecho español, 1976; *el mismo*, Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho, en A.A.V.V., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, UNED, 2001, pp. 143 ss.; *Kammeier*, Maßregelrecht. Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr, 1996; *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797, en Kant, Werke, vol. 7, reimpr. 1983; *Kargl*, Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht, 1995; *Armin Kaufmann*, La misión del Derecho penal, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, II, 1981 (=Mir Puig [ed.], Política criminal y reforma del Derecho penal, Bogotá, 1982); *Arthur Kaufmann*, Über die gerechte Strafe, en Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pp. 425 ss.; *Kindhäuser/Mañalich*, Pena y culpabilidad en el Estado de Derecho, 2011; *Klug*, Abschied von Kant und Hegel, en Baumann (ed.), Programm für ein neues StGB, 1968, pp. 36 ss.; *Köberer*, Lässt sich Generalprävention messen? MonSchrKrim 1982, pp. 200 ss.; *Köhler*, Über den Zusamenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, erörtert am Problem der Generalprävention, 1983; *Köller*, Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung, ZStW, 91 (1979), pp. 126 ss.; *Kuhlen*, Das Grundgesetz als Herausforderung für Strafprozess und Strafrecht, en *Stolleis* (ed.), Das Bonnergrundgesetz, 2006; *el mismo*, Die Zukunft des Strafrechts, en *Neumann/Prittwitz* (ed.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005; *Lardizábal y Uribe*, Discurso sobre las penas, REP, nº 174 (1966), pp. 627 ss.; *Lascuraín*, Sobre la retroactividad penal favorable, 2000; *F. v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, en el mismo, Aufsätze und Vorträge, 1905, reimpr. 1970, pp. 126 ss.; *Lüderssen*, Vergeltung und Sühne vor dem Forum christlicher Ethik, en Valauri (ed.), Christentum und modernes Recht, 1982, pp. 1261 ss.; *el mismo*, Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht, JA 1991; *Luzón Peña*, Prevención general y psicoanálisis, en Mir Puig (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, 1982, pp. 141 ss.; *el mismo*, Medición de la pena y sustitutivos penales, 1979; *el mismo*, Función y alcance del Derecho penal, ADPCP 1989, pp. 5 ss.; *el mismo*, Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial..., en Estudios de Deusto, XXXVIII, pp. 599 ss.; *Lyons*, Ética y Derecho, 1986; *Manjón-Cabeza*, La poena naturalis en el Derecho penal vigente, en LH al Prof. E. Gimbernat, 2008; *Mañalich*, Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva, en InDret, 2/2015; *Mapelli*, Desviación social y resocialización, CPPC nº 23 (1984), pp. 311 ss.; *Marquardt*, Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariien von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer*, Kant, Hegel und das Strafrecht, en Festschrift für K. Engisch, 1969, pp. 34 ss.; *Mezger*, Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Massnahmen, ZStW 66 (1954), pp. 172 ss.; *Milton Peralta*, Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico, en InDret 2/2008; *Mir Puig*, Problemática de la pena y seguridad ciudadana, en Sistema, nº 43 (1981), pp. 75 ss. (=Rev.J.Cat., 1981, 179 ss., y el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 115 ss.); *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit., pp. 29 ss.); *el mismo*, El sistema de sanciones en el proyecto CP, RJCat. 1980, 21 ss.; *el mismo*, Función fundamentadora

y función limitadora de la prevención general positiva, ADPCP 1986, pp. 49 ss. (=el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit, pp. 129 ss.); *el mismo*, ¿No siempre es aplicable la ley más favorable?, RJCat 2000 (2), pp. 479 ss.; *el mismo*, Bases constitucionales del Derecho penal, 2011; *Mir Puig/Muñoz Conde*, Presentación de la Propuesta Alternativa de Parte General de CP, CPC nº 18 (1982), pp. 609 ss.; *Mira*, Función del Derecho penal y forma de Estado, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J.R. Casabó, 1997, pp. 393 ss.; *Moccia*, Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica, 1992; *el mismo*, El Derecho penal entre el ser y el valor. Función de la pena y sistemática teleológica, Montevideo 2003; *Monaco*, Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena, 1984; *Morris*, Punishment and sentencing reform in the United States, Rint.DP 53 (1982), pp. 727 ss.; *Morillas Cuevas*, El Derecho penal mínimo o la expansión del Derecho penal, Rev. Cubana de Derecho, 2005; *el mismo*, Algunas reflexiones sobre los fundamentos de la pena, en LH al Prof. Peña Cabrera, 2006; *Müller-Dietz*, Integrationsprävention und Strafrecht, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 813 ss.; *Muñagorri*, Sanción penal y Política criminal, 1977; *Muñoz Conde*, Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en Madlener... (ed.), Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, pp. 309 ss.; *el mismo*, El mito de la resocialización, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, pp. 61 ss.; *el mismo*, Derecho penal y control social, 1985; *el mismo*, Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 561 ss.; *Nagler*, Die Strafe, 1918; *Naucke*, La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado (Sánchez-Ostiz trad.), en La insostenible situación del Derecho Penal, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000, pp. 531 ss.; *el mismo*, Feuerbach, ein liberaler Strafrechtler?, en Forschung Frankfurt nº 1, pp. 25 ss.; *el mismo*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *el mismo*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), pp. 525 ss.; *el mismo*, Le droit pénal rétributif selon Kant, en AA.VV., Rétribution et Justice Pénale, 1983, pp. 73 ss.; *el mismo*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; *Naucke/Hassemer/Lüderssen*, Principales problemas de la prevención general, trad. dew *Aboso/LöwK,* Montevideo 2004; *Neumann/Schroth*, Neue Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *Núñez Barbero*, El sentido actual de las sanciones criminales, REP nº 193 (1971), pp. 1163 ss.; *Olesa Muñido*, Las medidas de seguridad, 1951; *H.-J. Otto*, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982; *Pagliaro*, Le indagini empiriche sulla prevenzione generale, Rit.DP 1981, pp. 447 ss.; *Paredes*, La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal, en Eguzkilore, nº 20, 2006; *Paul*, Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena, en Nuevo Foro Penal (Colombia) nº 35 (1987), pp. 11 ss.; *Pawlik*, Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, en Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004; *el mismo*, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2004; *el mismo*, ¿Pena o combate de peligros?, en InDret 4/2011; *el mismo*, Das Unrecht des Bürgers, 2012; *Pérez Barberá*, Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena, en InDret 4/2014; *Peñaranda*, Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito, en Gómez-Jara (coord.), Teoría de sistemas y derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2007; *Pérez Manzano*, Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, 1990; *la misma*, Aportaciones de la prevención general a la resolución de las antinomias de los fines de la pena, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 73 ss.; *Peters*, Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erzichungsvollzugs, en Festschrift für Heinitz, 1972, pp. 601 ss.; *Politoff*, Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de Derecho, en Nuevo Foro Penal (Colombia) nº 45 (1989), pp. 313 ss.; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1993; *el mismo*, El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario?, ¿Subsidiario?, ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal, (Castiñeira Palou trad.), en La insostenible situación del Derecho Penal, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000, pp. 427 ss.; *Queralt*, Código Penal y Ley Orgánica, ADPCP (Fasc I) 1992, pp. 49 ss.; *Quintero Olivares*, Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de CP, en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980, pp. 569 ss.; *Radbruch*, J.P.A. Feuerbach, ein Juristenleben, 2ª ed., 1957; *Rivera*, El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena, 1998; *Robinson*, Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida, 2012; *Robledo/De Lamo/Fernández García*, Delitos y faltas. Garantías penales y aplicación de la ley penal. (Comentarios a los arts. 1 a 18 del CP de 1995), 1999; *Rodríguez Horcajo*, Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas?, en InDret 4/2012; *Rodríguez Morales*, Constitución y Derecho penal, Caracas 2001; *Rodríguez Mourullo*, Medidas de seguridad y Estado de Derecho, en el

libro colectivo Peligrosidad y medidas de seguridad (Univ. Valencia), 1974; *Ross*, Colpa, responsabilità e pena, 1972; *Rössner*, Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaalicher Verhaltenskontrolle, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 977 ss.; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, pp. 377 ss. (=el mismo, Problemas básicos de Derecho penal, trad. Luzón Peña, 1976, pp. 11 ss.); *el mismo*, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des AE, en Franz v. Liszt zum Gedächtnis, 1969, pp. 69 ss.; *el mismo*, Prevención y determinación de la pena, CPC 9 (1979), pp. 55 ss.; *el mismo*, Culpabilidad y prevención, trad., intr., y notas de Muñoz Conde, 1981; *el mismo*, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en Schöch (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, pp. 37 ss.; *el mismo*, Política criminal y estructura del delito, 1992; *el mismo*, La teoría del fin de la pena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en Mir Puig/Queralt Jiménez (dirs.): Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales, 2010; *Rudolphi*, Der Zweck staatlichen Strafrechts, en Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984; *Ruiz de Erenchun*, El sistema de sucesión de leyes y la problemática de la redención de penas por el trabajo, PJ (48) 1997, pp. 323 ss.; *Sáinz Cantero*, Las nuevas fronteras del principio de culpabilidad, 1985; *Sánchez-Ostiz*, La "Aproximación al derecho penal contemporáneo", veinte años después: los fines del derecho penal, en Robles/Sánchez-Ostiz (coords.), La crisis del derecho penal contemporáneo, 2011; *Santana*, Funciones del Derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos, AP 2001-1, pp. 141 ss.; *la misma*, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, 2000; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2ª ed., 1971; *Schmidt*, Eb., Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955), pp. 177 ss.; *Schreiber*, Widersprüchte und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 94 (1982), pp. 279 ss.; *Schultz*, Krise der Kriminalpolitik?, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 791 ss.; *Schünemann*, Sobre la crítica de la prevención general positiva, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 89 ss.; *el mismo*, Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, en Festschrift für K. Lüderssen, 2002 (trad. al español en, Aporias de la teoría de la pena en la filosofía, en InDret 2/2008); *Schünemann/von Hirsch /Jahresborg (ed.)*, Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1998; *Seelmann*, Hegels Straftheorie..., en JuS 1979, pp. 687 ss.; *el mismo*, G. Filangieri und die Proportionalität von Straftat und Strafe, ZStW 97 (1985), pp. 241 ss.; *el mismo*, Annerkenungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien, 1995; *Silva*, Las normas de complemento de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas, RPJ (52) 1998, pp. 483 ss.; *el mismo*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992; *el mismo*, Del Derecho abstracto al Derecho "real", en InDret 4/2006; *el mismo*, La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, en InDret 2/2007; *Silva/Baldó*, La teoría del delito en la obra de M. de Lardizábal, en A.A.V.V., Estudios de Derecho penal y Criminología, Libro-Homenaje a Rodríguez Devesa, 1989, pp. 345 ss.; *Simson*, Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, en Festschrift für Blau, 1985, pp. 651 ss.; *Sloos*, Strafe und sichernde Maßnahme, SchwZStr. 18 (1905), pp. 1 ss.; *Sola Reche*, Por una teoría "propia" de la pena, en InDret 3/2007; *Stächelin*, Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat, 1998; *Strasser*, Verbrechenserklärungen und Strafkonzeptionen, KrimJ 1979, pp. 1 ss.; *Stratenwerth*, Strafrecht und Sozialtherapie, en Festschrift für Bockelmann, 1979; *el mismo*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), pp. 637 ss.; *Süb*, El trato actual del mandato de determinación, (Felip i Saborit trad), en La insostenible situación del Derecho Penal, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000, pp. 223 ss.; *Terradillos Basoco*, Peligrosidad social y Estado de Derecho, 1981; *Vanberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; *Truccone Borgogno*, Feuerbach y la libertad: el objetivo del derecho penal liberal, en RGDP (19) 2013; *Vidales*, La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales, 2001; *Weigend*, Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA, ZStW 90 (1978); *el mismo*, «Neoklassizismus» —ein transatlantisches Missverständnis, ZStW 94 (1982); *Werner*, Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht... en KritV, 1992, pp. 433 ss.; *J. C. Wolf*, Verhütung oder Vergeltung, 1992; *E. A. Wolff*, Das neuere Verständnis von Generalprävention..., ZStW 97 (1985), pp. 786 ss.; *Würtenberger*, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; *Zaczyk*, Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho, Bogotá 2005; *el mismo*, Libertad, derecho y fundamentación de la pena, 2010; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2ª ed., 1980; *el mismo*, Introducción a la Política criminal, trad. Izquierdo, 1979; *el mismo*, Principios fundamentales de determinación de la pena, CPC nº 17 (1982), pp. 353 ss.; *el mismo*, Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general, en Polaino (comp.), Estudios jurídicos sobre la reforma penal, 1987, pp. 85 ss.

1 Planteamos la cuestión de qué función corresponde al Derecho penal en el sentido de qué misión o cometido se le atribuye. La respuesta puede tener lugar en distintos planos. Por de pronto, hay que distinguir la cuestión de la función o funciones que *efectivamente* despliega el Derecho penal, desde un punto de vista sociológico atento a la realidad social del Derecho penal, y, por otra parte, el problema de qué función se asigna al Derecho penal, como *programa normativo* independiente de si de hecho logra o no cumplirla en la realidad. Esta segunda perspectiva, que se refiere al Derecho penal positivo es, a su vez, distinta de la que se adopta cuando se pregunta por la función que el Derecho penal *debería* cumplir. Esta última es la perspectiva de la filosofía jurídica y de la Política criminal (*de lege ferenda*). Estos planos diferentes se mezclan con frecuencia en la abundante y a menudo equívoca bibliografía existente sobre el tema. En la exposición que sigue no examinaremos el problema de la función del Derecho penal desde el prisma sociológico del efectivo papel que desempeña en la sociedad. Primero expondremos en forma sucinta las principales concepciones acerca de la función que debería corresponder al Derecho penal, concepciones que representan las más importantes opciones posibles en los **planos filosófico-jurídico y político-criminal**. A continuación estaremos en condiciones de preguntar cuál o cuáles de tales opciones explican mejor la función que pretende desempeñar el **Derecho penal español**.

2 La **función del Derecho penal** depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad, como medios más característicos de intervención del Derecho penal. Empezaremos, por ello, por examinar las llamadas **«teorías de la pena»**. A continuación consideraremos la **función de las medidas de seguridad**.[1] Pero luego veremos que ni la función del Derecho penal puede derivarse de una contemplación de penas y medidas como figuras aisladas del sentido que en cada momento histórico-cultural y en cada modelo de Estado corresponde al Derecho, ni la función del Derecho penal se agota en la función de la pena y de la medida de seguridad.

I. Las teorías de la pena

1. *Las tesis de la retribución*

3 La concepción más tradicional de la pena reclama para ella la función de **retribución exigida por la Justicia**, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ello se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas.

4 a) Desde el **punto de vista religioso**, el cristianismo —como otras religiones— ha dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena.[2] Así, el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de

1. Los casos especiales de consecuencias accesorias y penas para personas jurídicas se examinarán en la Lec. 34 C

2. Cfr. Tresmontant, La perspective chrétienne, p. 51 ss.; Villey, La fonction rétributive, p. 65 ss.

Derecho penal contenía el siguiente pasaje: «Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer».[3] Se parte de que existe un paralelismo entre la exigencia religiosa de Justicia divina y la función de la pena.

b) La **fundamentación ética** de la retribución más absoluta se debe al filósofo alemán Kant. Como, según este autor, el hombre es un «fin en sí mismo» que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Sólo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia: la Ley penal se presenta como un *«imperativo categórico»*, es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras. **5**

Es muy expresivo el ejemplo famoso de Kant de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad —puesto que dejaría de existir— debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente «para que todos comprendieran el valor de sus actos».[4] Se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según ésta, la pena *ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria* para el bien de la sociedad. **6**

c) Más **jurídica** es la fundamentación de la teoría retribucionista que propuso Hegel. Para éste el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la «voluntad general» representada por el orden jurídico, que resulta negada por la «voluntad especial» del delincuente. Si la «voluntad general» es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. Véase cómo se aplica, así, el método dialéctico hegeliano: la voluntad general (orden jurídico) es la *«tesis»*, la negación de la misma por el delito es la *«antítesis»*, y la negación de esta negación será la *«síntesis»*, que tendrá lugar mediante el castigo del delito. En esta construcción la pena se concibe sólo como *reacción* (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores. **7**

Se ha dicho que, al no atribuir a la pena ninguna utilidad social, las teorías retribucionistas puras conciben a la pena de modo que «no sirve para nada» **8**

3. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 97.

4. Cfr. Kant, Metaphysik der Sitten, p. 455. Sobre la concepción de Kant vid. H. Mayer, Engisch-Fest., pp. 64 ss.; Eb. Schmidt, Einführung, pp. 229 ss.; Naucke, Le droit pénal rétributif, pp. 80 ss.; Cattaneo, Dignità umana, *passim*.

—que es lo que parece perseguir la concepción kantiana—.[5] Ello no significa que estas teorías no asignen *función* alguna a la pena: tienen de común, precisamente, el atribuirle por una u otra vía, la **función de realización de la Justicia**.[6] Esta función se funda en una exigencia *incondicionada* —ya sea religiosa, moral o jurídica —de Justicia, puesto que ésta no puede depender de conveniencias utilitarias relativas de cada momento, sino que se impone con carácter *absoluto*. De ahí que las teorías retribucionistas puras reciban el nombre de **«teorías absolutas»** —en contraposición a las teorías relativas, que luego examinaremos.

9 Mas, junto a la función de realización de la Justicia, en las teorías absolutas se esconde la atribución al Derecho penal de otra función que en algunos casos constituye, acaso, la motivación última de dichas teorías. Tras las formulaciones de Kant y Hegel, como de sus seguidores en el s. XIX, se halla por lo general una filosofía política *liberal*, que ve en la proporcionalidad entre la pena y el delito, exigida por las teorías absolutas, un **límite de garantía** para el ciudadano.[7] No se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se oponía a que el individuo fuese utilizado como instrumento de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes. En la actualidad, ello ha servido de base a un sector de la doctrina para justificar la vuelta a la concepción retributiva como el único modo de impedir los excesos que en nombre de la prevención cometió el Estado nacional-socialista del III Reich.[8] En la misma línea cabría situar una cierta tendencia a volver la mirada hacia la retribución como forma de evitar una excesiva intervención del Derecho penal que se aprecia, en parte, en los últimos años.[9]

10 Es correcto señalar la necesidad de que la pena guarde una cierta **proporcionalidad** con el delito, mas de ello no se deriva la validez de la teoría de la retribución. La proporcionalidad puede concebirse como un límite que debe respetar el ejercicio de la función punitiva, y que como tal límite no fundamente la necesidad de esta función, sino que, al revés, la restrinja. Éste será el planteamiento que defenderemos más abajo.

11 La concepción retribucionista de la pena no ha sido seguida *en sus términos estrictos* ni por la ciencia penal ni por las legislaciones, que casi siempre han

---

5. Cfr. Roxin, Sentido, p. 12. Respecto a Hegel escribe Casabó: «La pena cumple una función en sí misma, sin perseguir fin alguno»: cfr. Casabó, en Córdoba y otros, Comentarios, 11 p. 3. Cfr. también Hassemer, Fines, pp. 117 ss.

6. Lo reconoce el propio Roxin, Sentido, p. 12.

7. Así Eb. Schmidt, Einführung, pp. 298 ss.; Maurach, Tratado, I, pp. 72 s.; Jescheck, Tratado, p. 96; también Naucke, Le droit pénal rétributif, p. 84.

8. Vid. Maurach, Tratado, pp. 76 ss., 81.

9. Cfr. p. ej., Naucke, op. cit., *passim*, y el mismo, Feuerbach, p. 25.

atribuido a la pena fines sociales de prevención trascendentes a la sola función de realización de la Justicia en sí misma.[10]

12 Es expresivo, en este sentido, el ejemplo de Maurach. En las ediciones de su Tratado que puso al día él mismo,[11] este autor se declaraba abiertamente favorable a una concepción retribucionista de la pena «desvinculada de todo fin»;[12] y, sin embargo, iniciaba el estudio sobre la pena afirmando: «Existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su *necesidad*. Una sociedad que quisiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su propia existencia».[13] Y, sobre todo, defiende la idea de la retribución contra los ataques que le reprochan vacuidad de fines preventivos, afirmando que precisamente esta ausencia de fines utilitarios «despliega efectos social-psicológicos de una extensión y trascendencia superiores a los de los efectos propios de los fines de prevención», lo cual «concuerda con las exigencias de la intimidación».[14] Es decir: la retribución es concebida aquí como el mejor modo de prevención. No podría decirse que en concepciones como ésta —harto frecuentes— sea la retribución la función última de la pena, sino el servir a la subsistencia de la sociedad, siquiera sea *a través* de la retribución. Pero no es éste ya el terreno de las teorías retribucionistas puras, sino el de las teorías *mixtas* o *de la unión*, que se expondrán más adelante.

13 El hecho de que las teorías *absolutas* no hayan encontrado apenas acogida en el Derecho penal ni en la doctrina penal, se debe a que la función del Estado moderno no se ve generalmente en la realización de la Justicia absoluta sobre la tierra. Esta tarea se considera hoy un cometido moral o religioso, pero no de un Estado como el actual, que quiere mantener deslindados los campos de la Moral y el Derecho porque no admite que la Ética o la Religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico. No se admiten ya —en nuestro ámbito de cultura— las premisas del Estado teocrático, en el que sí era coherente atribuir a la pena el papel de instrumento de castigo del mal. En un Estado democrático las sentencias no se pronuncian en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo,[15] y el Derecho sólo puede justificarse como medio de asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses. Éste es el punto de partida de las «teorías de la prevención». Veámoslas a continuación antes de proseguir la crítica de las teorías absolutas, que conviene efectuar a la vista de las demás alternativas teóricas.

2. *Las teorías de la prevención*

14 Mientras que las teorías absolutas o de la retribución parten, en su sentido estricto, de que la pena debe imponerse para realizar la Justicia, sin que hayan de tomarse en consideración otros fines de utilidad social, las teorías de la

10. Reconoce que las teorías absolutas «carecen de representantes en la Ciencia penal española» Cerezo Mir, PG, I, p. 21; Armin Kaufmann, La misión (1982), p. 120, niega incluso que Kant y Hegel defendieran una «pura retribución» que exigiera castigar a todo hecho injusto y culpable. Ciertamente, ambos autores admiten la existencia de hechos antijurídicos no punibles, pero ello no permite negar que efectuasen la selección de los hechos punibles en atención a su gravedad intrínseca y al merecimiento de pena que la misma supone según la exigencia de Justicia. Esto basta para una teoría de la «pura retribución».

11. La 5ª ed., que corrió a cargo de Zipf, abandonó la teoría de la retribución: cfr. Maurach/Zipf, AT, I, 5ª ed., p. 88. En la 7ª ed. (1987) se adhirió expresamente a mi planteamiento preventivo: § 7 I 2 y 4 .

12. Cfr. Maurach, Tratado, I, pp. 79 s.

13. Cfr. Maurach, Tratado, I, p. 63.

14. Cfr. Maurach, Tratado, I, p. 80.

15. Así Roxin, Sentido, p. 14; el mismo, AT, § 3/8.

prevención asignan a la pena la misión de **prevenir delitos** como medio de **protección de determinados intereses sociales**. Se trata de una **función utilitaria**[16], que no se funda en postulados religiosos, morales, o en cualquier caso idealistas, sino en la consideración de que la pena es *necesaria* para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura *respuesta* retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros.[17] *Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro*. En la terminología clásica (que desde Protágoras, pasando por Platón y Séneca, llega hasta Grocio), no se pena *quia peccatum est, sed ne peccetur* (porque se ha pecado, sino para que no se peque).

15 Frente a las teorías absolutas, las teorías preventivistas reciben el nombre de **«teorías relativas»**. Ello se debe a que, a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.

16 Común a todas las teorías relativas es que atribuyen a la pena y al Derecho penal la función de prevención de delitos, pero este punto de partida se concreta de forma muy distinta por las dos corrientes en que se bifurcan, sobre todo a partir de Feuerbach (1775-1833), iniciador de la doctrina penal alemana del siglo XIX:[18] la doctrina de la *prevención general* y la de la *prevención especial*.

A) *La prevención general*

17 Introducido en su sentido moderno por Feuerbach, y también por Filangieri y Bentham,[19] el concepto de prevención general alude a la prevención *frente a la colectividad*. Concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad.

18 Antes de Feuerbach, en el Antiguo Régimen, ello se confiaba sobre todo a la ejemplaridad de la **ejecución** —a menudo brutal— de la pena. En cambio, el autor alemán, desde la perspectiva legalista característica del liberalismo, atendió al momento de la **conminación penal** contenida en la ley.[20] Para Feuerbach,

---

16. Sobre el fundamento utilitarista de las teorías preventivas cfr. Lyons, Etica y Derecho, pp. 147 ss. A favor de una fundamentación utilitarista Cid, Pena justa, pp. 284 ss.

17. Cfr. Schmidhäuser, Vom Sinn, pp. 24 ss. Sobre las teorías prevencionistas: Antón, La prevención general, 1944 cit. en bibliograf.

18. Con anterioridad la prevención general y la especial no se distinguían claramente. Así sucede en Platón y Séneca entre los clásicos, y en los siglos XVII y XVIII (Grocio, Puffendorf, Thomasius, Montesquieu, Voltaire y, sobre todo, Beccaria), si bien, según Antón, en la Ilustración predominó la prevención general (vid. Antón, Los fines de la pena, REP, 1964, pp. 426 ss.) y en Platón la prevención especial (vid. Antón, PG, p. 478, nota 2). Cfr. Silva/Baldó, Teoría del delito en Lardizábal, p. 359

19. Cfr. las obras de estos autores cit. en la bibliografía.

20. Así Schmidhäuser, Vom Sinn, p. 25. Pero es excesiva la interpretación que hace Jakobs, AT, pp. 13 s. Distingue también demasiado ambas cosas Gössel, Esencia, p. 72.

en efecto, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como **«coacción psicológica»** en el momento abstracto de la incriminación legal. La ejecución de la pena sólo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal.[21]

19 En la actualidad se señala que la **intimidación** no es la única vía de la prevención general. Una corriente doctrinal sostiene que esta prevención no debe buscarse solamente a través de la intimidación *negativa* (esto es, inhibidora de la tendencia a delinquir), sino también mediante la **afirmación positiva** del Derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales,[22] de la conciencia social de la norma,[23] o de una actitud de respeto por el Derecho.[24] Mientras que la prevención *intimidatoria* se llama también **«prevención general negativa»**, el aspecto de afirmación del Derecho penal se denomina **«prevención general positiva»** y, también, *«estabilizadora»* o *«integradora»*.[25]

20 Armin Kaufmann atribuye los tres cometidos siguientes a la prevención general positiva, como vía que contribuye a acuñar la vida social: en primer lugar, una función *informativa* de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; en segundo lugar, la misión de reforzar y mantener la *confianza* en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; por último, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de ciudadanos una *actitud de respeto* por el Derecho —no una actitud moral.[26]

21 Esta vertiente de afirmación positiva de la prevención general podría resultar cuestionable si se concibiese en términos tales que permitiesen *ampliar* la injerencia del Derecho penal a la esfera de la actitud interna del ciudadano.[27] Sin embargo, también puede entenderse como una forma de *limitar* la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en un terror penal,[28] por la vía de una progresiva agravación de la amenaza penal. Este es el

---

21. Cfr. A. v. Feuerbach, Lehrbuch, pp. 14 ss. Vid. Naucke, Feuerbach, pp. 23 ss.

22. Mir Puig, Función, p. 31; el mismo, RJCat. 1981, p. 184.

23. Cfr. Hassemer, Fines, p. 137. Se refiere a la afirmación de la vigencia de la norma Jakobs, AT, p. 7, que basa su obra en esta concepción de la prevención general positiva.

24. Así Armin Kaufmann, Política criminal y reforma, p. 127.

25. Sobre estos conceptos cfr. Roxin, Culpabilidad y prevención, pp. 101, 103 ss., 183; Luzón Peña, Medición, pp. 27, 35; el mismo, Prevención general, pp. 146 ss.; Hassemer, Hauptprobleme, pp. 29 ss., 38, 51 ss.; el mismo, Fines, p. 137; Gómez Benítez, Racionalidad, pp. 142 ss.; Zipf, CPC 17 (1982), p. 354; Mir Puig, ADPCP 1986, pp. 51 ss.; Pérez Manzano, Culpabilidad, pp. 17 ss.; Morales, en Quintero/Morales/Prats, PG, pp. 87 ss. Pagliaro, Rit.DP 1981, pp. 449 ss., habla de «prevenzione generale allargata», haciendo referencia «además de a la intimidación, también a toda la serie de hechos éticos y psicológicos por cuya virtualidad la presencia de una norma penal hace desistir a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos».

26. Cfr. Armin Kaufmann, loc. cit., p. 127.

27. Contra esto se dirigen las críticas de Luzón Peña, Prevención general, p. 149 ss. (sobre su posición última cfr. el mismo, Curso, p. 69). Ver también las críticas de Baratta, CPC nº 24 (1984), pp. 538 ss., y Muñoz Conde, Derecho penal y control social, pp. 41 ss., especialmente referidas a la concepción de Jakobs.

28. Roxin afirma que la prevención general tiene por lo común «una tendencia al terror estatal»: Sentido, p. 18. También en esta línea Jescheck, Tratado, p. 102. La Historia confirma esta observación, pues el Derecho penal del Absolutismo se inspiró en la idea de intimidación.

camino correcto. Y, así, exigir que la prevención general *no sólo* se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en aquel modelo de Estado.[29] Entre tales principios cuenta la exigencia de **proporcionalidad** entre delito y pena.[30] Admitirlo permitirá evitar las graves objeciones que se han dirigido a una prevención general ilimitada. Ésta llevaría de suyo a extremos inadmisibles como los siguientes:

22 Por una parte, los hechos que por ser **menos graves** no se ven obstaculizados por fuertes barreras en la moral social, deberían ser castigados con las penas más graves, para contrarrestar la frecuencia de su realización y la debilidad de los contraestímulos sociales. Cuando la falta de enérgica reacción social frente al delito estuviese en contradicción con la opinión de la ley, ésta exasperaría su rigor, lo cual aumentaría más la distancia entre la voluntad de la sociedad —expresada por su leve reacción— y la del legislador, que utilizaría la pena en contra de las convicciones de la sociedad.

23 Piénsese, por ejemplo, en las consecuencias que una prevención general sin límites podría tener ante la actual realidad de la levísima sanción social contra el aborto y la enorme cifra oscura de este delito: la pena de este *discutido* delito sería, lógicamente, elevada en exceso para contrarrestar la falta de arraigo de la prohibición del aborto en amplios sectores de la colectividad. Ello sería inadmisible para el Derecho penal de un Estado democrático.

24 Por otra parte, hechos reputados de **máxima gravedad** por la sociedad deberían ser objeto de penas de mínima cuantía, precisamente porque su gravedad, socialmente sancionada, constituye un eficaz freno que hace mucho menos necesario el recurso a la pena estatal.

25 Se razonaría, por ejemplo, así: puesto que el número de casos en que un hijo da muerte a su padre es reducido, no es preciso castigar este delito con tanta pena como otros menos graves —como los delitos contra la propiedad— que se repiten continuamente.

26 Estas críticas sirven para indicar la **necesidad de limitar la prevención general** de modo que no pueda llevar a contradecir las valoraciones sociales. Pero con ello no se demuestra que la prevención en sí misma deba ser relegada, ni que la prevención general dentro de ciertos límites no constituya una de las bases que legitiman el uso de la pena.

---

29. Cfr. infra, III y Lec. IV, y más ampliamente Mir Puig, ADPCP 1986, p. 58. De acuerdo Pérez Manzano, Culpabilidad, p. 288. Parece exagerado, en cambio, pretender sustituir totalmente, en principio, la función de intimidación por la de afirmación de la vigencia de la norma, como hace Jakobs, AT, pp. 4 y 15.

30. De acuerdo en que una prevención general bien entendida debe respetar la proporcionalidad Luzón, Medición, pp. 24 s., 38. Escribe en este sentido Pagliaro, Rit.DP 1981, pp. 449 ss.: «cuanto más justa sea la sanción, más alto será el efecto de prevención general».

B) *La prevención especial*

a) A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder *de una persona determinada*. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al *sujeto que ya ha delinquido*: la pena busca, según ella, evitar que quien la sufre *vuelva a delinquir*. La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena. Como esta clase de prevención no se dirige a la generalidad de los ciudadanos, sino a individuos ya determinados, los ya delincuentes, también se denomina a veces **«prevención individual»**. **27**

Dejando aparte lejanos precedentes —que ya se encuentran en Platón—,[31] la idea de la prevención especial o individual se extiende, sobre todo, a partir del último tercio del siglo XIX. Presentándose entonces como una alternativa más *moderna* que la prevención general, fue defendida por distintas tendencias: el **correccionalismo** en España, la **Escuela Positiva** en Italia y la «dirección moderna» de **von Liszt** en Alemania. El influjo más poderoso en favor de la generalización de los puntos de vista de la prevención especial en la concepción de la pena se debe especialmente a este último autor alemán. **28**

El **correccionalismo** de Dorado Montero, no alcanzó seguidores consecuentes entre los penalistas, que no se atrevieron a concebir el Derecho penal —según proponía Dorado— como «Derecho protector de los criminales». El **positivismo criminológico** italiano llevó los principios de la prevención especial a su última consecuencia: la sustitución de las penas por las medidas de seguridad. Con ello renunció a influir en la concepción de la pena, cuya idea misma rechazaba. En cambio, el **eclecticismo de von Liszt**, al respetar la presencia de la pena en los Códigos, pudo ejercer amplia influencia en las teorías penales y en las numerosas reformas de signo *«político-criminal»* introducidas en las legislaciones del siglo XX. **29**

A partir de la **idea de fin** como motriz de la ciencia del Derecho —en lo que seguía a Jhering en su segunda etapa, precursora de la teoría de los intereses de Heck—[32] von Liszt consideró que la pena sólo podía justificarse por su *finalidad* preventiva: de ahí su concepto de **«pena final»**. En su famoso «Programa de Marburgo» —titulado, en realidad, *La idea de fin en Derecho penal*—[33] sentó el siguiente programa político-criminal: **30**

1) «La pena correcta, es decir, la justa, es la pena necesaria», la que se determina con arreglo a la prevención especial. **31**

2) La finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la Criminología: **32**

31. Vid. Antón Oneca, PG p. 478, nota 2.
32. Vid. Larenz, Metodología, 1ª ed., p. 64; Zippelius, Wesen des Rechts, p. 61.
33. Cfr. von Liszt, ZstW 1883, p. 1 ss. (=el mismo, Aufsätze, pp. 126 ss.).

33 a) Frente al **delincuente ocasional** necesitado de correctivo, la pena constituye un «recordatorio» que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al **delincuente no ocasional pero corregible** —también llamado «de estado» porque en él el carácter delincuente constituye ya un estado de cierta permanencia— deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al **delincuente habitual incorregible** la pena ha de conseguir su inocuización separándolo de la sociedad mediante su internamiento penitenciario, que puede llegar a ser perpetuo.[34]

34 La función de pena es, pues, para von Liszt la prevención especial, por medio de la **intimidación** (del delincuente, no de la colectividad),[35] la **corrección** o **resocialización,** y la **inocuización**.[36] Tras este programa se halla una concepción del Derecho penal como instrumento de lucha contra el delito, lucha dirigida a las *causas empíricas del delito*, las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente.[37] El objetivo a que ello debía llevar era la *protección de bienes jurídicos*.[38]

35 La dirección iniciada por von Liszt triunfó antes en Italia y Francia que en la propia Alemania. Ello se debió a la existencia en aquellos países del **«Movimiento de Defensa Social»**, iniciado en Italia por Gramatica y continuado hasta el presente en Francia gracias a la línea más moderada de la **«Nouvelle Défense Sociale»** de Marc Ancel.[39] Por otra parte, las ideas de la prevención especial han influido especialmente en la legislación y en la práctica de los países anglosajones y escandinavos. Pero desde los años sesenta el ideario de la prevención especial se extendió también en Alemania, en que se vivió un «retorno a von Liszt». Ello se reflejó, como resultado sobresaliente, en el **Proyecto Alternativo** que opusieron un grupo de Profesores como alternativa «progresista» al Proyecto Oficial del Código Penal de 1962.[40] Éste sería uno de los rasgos centrales del llamado **«movimiento internacional de reforma penal»**. Dejando aparte la introducción de medidas de seguridad, que obedece a la misma finalidad de prevención especial, esta idea es la que ha llevado a la aparición de una serie de instituciones que permiten dejar de imponer o ejecutar total o parcialmente la pena en delitos poco graves cuando lo permiten las condiciones del delincuente

---

34. Vid. Bockelmann, Liszt-Gedächtnisschrift, pp. 56 ss.

35. Debe destacarse que para von Liszt la intimidación no opera frente a la colectividad en el momento de la conminación típica, sino frente al delincuente que sufre la pena, lo que resulta consecuente con el planteamiento de prevención especial: cfr. Bockelmann, op. cit., p. 56, nota 164.

36. Cfr. von Liszt, Ausätze, p. 164.

37. Ello era consecuencia de su planteamiento científico-positivista: cfr. Jescheck, Tratado, p. 100.

38. Cfr. von Liszt, Aufsätze, p. 142.

39. Cfr. las obras de estos autores cit. en la bibliografía.

40. Vid. Baumann, Brauneck, Hanack, Arth. Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, R. Schmitt, Schultz, Stratenwerth, Stree, AlternativEntwurf..., 2.ª ed. Cfr. Roxin, Liszt-Gedächtnisschrift, pp. 69 s., sobre la vinculación del Proyecto Alternativo con el pensamiento de von Liszt.

—como la **«condena condicional»**, la **«libertad condicional»** y la posibilidad de **sustitución de las penas privativas de libertad por otras** que prevé el actual CP español, así como otras figuras procesales y penales que conoce el Derecho comparado—.[41] También responde a la acentuación de la prevención especial la **concepción resocializadora de las prisiones** que se ha extendido en las distintas legislaciones, entre ellas la nuestra.

36 b) Sin embargo, el optimismo de la prevención especial ha cedido en gran medida en las últimas décadas, sobre todo ante las **dificultades teóricas y prácticas que suscita la meta de la resocialización**, principal esperanza que alentaba la fe en la prevención especial.[42] A continuación examinaremos estas y otras objeciones con que tropieza la idea de la prevención especial.

37 La prevención especial no puede, *por sí sola*, justificar el recurso a la pena: en algunos casos la pena no será *necesaria* para la prevención especial, en otros ésta no será *posible* y, finalmente, en ocasiones no será *lícita*, y, sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto. Veamos:

38 A veces la prevención especial **no es necesaria**. Con frecuencia los delincuentes *primarios y ocasionales* no manifiestan peligro de volver a delinquir —piénsese en muchos delincuentes de tráfico—, por lo que **no son necesarias** frente a ellos ni la intimidación, ni la resocialización, ni la inocuización. Pero también puede resultar innecesaria la prevención especial frente a sujetos que han cometido *delitos graves*, como sucedió con los delincuentes nacional-socialistas juzgados años después de concluida la guerra: pese a la gravedad de sus cargos, bajo la nueva situación política dejaron, en su mayor parte, de encerrar peligrosidad criminal, condicionada al régimen que potenció su actividad criminal. Tampoco es necesaria la prevención especial cuando, como sucede en no pocos delitos graves, la actuación del delincuente obedeció a estímulos y circunstancias que casi con seguridad no volverán a repetirse en la vida del individuo.[43]

39 A veces la prevención especial **no es posible**. El delincuente habitual **no puede** a veces ser resocializado y tampoco le hace mella la intimidación de la pena. Y si sus delitos son poco graves —como los hurtos del carterista profesional— sólo penas desproporcionadas, como largas penas de prisión, harían posible su inocuización. Tales penas no serían lícitas. Ello enlaza con la tercera

41. Cfr. Jescheck, El movimiento internacional, p. 16 ss.; Mir Puig, RJCat, 1980, p. 30 ss.; Ancel, Jescheck-Festschrift pp. 779 ss.; Sáinz Cantero, El Proyecto de CP, pp. 169 ss.

42. Así se reflejó ya en el Seminario Hispano-Germánico sobre la Reforma del Derecho penal, celebrado en la Univ. Autónoma de Barcelona en 1979: cfr. Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, I, cit. Sobre la crisis de la prevención especial en países que la habían acogido especialmente, como EE.UU. y Suecia, en otros, cfr. Jescheck, ZStW 91 (1979), pp. 139 ss); Burgstaller, ZStW 102 (1990), pp. 640 s.

43. Así Roxin, Sentido, p. 16. También Schmidhäuser, Vom Sinn, pp. 59 ss.

limitación que encuentra la prevención especial: a veces **no es lícita**. En particular, debe destacarse que la resocialización puede no resultar lícita, aunque aparezca como la única forma útil de prevención especial. Así, es evidente que frente a los delincuentes por convicción, políticos, terroristas, no cabe intentar la persuasión por la fuerza de un tratamiento. Además, en un Estado democrático, la resocialización nunca debe ser obtenida contra la voluntad del penado (cfr. infra, Lección 4, III, 4).

40 En todos estos casos, sin embargo, es indudable que la improcedencia de la prevención especial no ha de poder conducir a dejar sin castigo al delincuente. Si esto se admite, se seguirá que **no basta la idea de la prevención especial** para legitimar la pena. ¿Significa esto que deba rechazarse por completo? En absoluto. Quien vea en la protección de bienes jurídicos la función del Derecho penal y atribuya consecuentemente a la pena la misión de prevenir delitos, deberá admitir que en muchos casos contribuye a la evitación de delitos una configuración de las penas que tienda a impedir la recaída en el delito, en especial mediante un adecuado tratamiento resocializador, o que, al menos, no favorezca la desocialización del delincuente. Como a continuación se verá, las críticas contra la prevención especial se oponen por lo general a su *exclusiva* toma en consideración, no a que pueda y deba *contribuir* a la función de prevención.

3. *La combinación de las funciones de retribución y prevención*

41 A) Las críticas expuestas a cada una de las posiciones extremas que cabe adoptar ante la cuestión de la función de la pena —1) realización de la Justicia; 2) protección de la sociedad a través de la amenaza de la pena dirigida a la colectividad; 3) protección de la sociedad evitando la reincidencia del delincuente— se dirigen principalmente a combatir la exclusividad de cada una de estas concepciones. No es, por ello, de extrañar que la **«lucha de escuelas»** que tuvo lugar a principios del siglo XX en Alemania dejara paso a una dirección *ecléctica*, iniciada por Merkel, que desde entonces ha venido constituyendo la opinión dominante en aquel país. En el nuestro, ha sido y es éste el planteamiento más generalizado: se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena.[44]

42 Es común a las distintas **teorías eclécticas** asignar al Derecho penal la función de protección de la sociedad. A partir de esta base de acuerdo, las opiniones se separan. Dejando a un lado los innumerables matices, cabría distinguir **dos grandes direcciones**. Por una parte, quienes creen que la protección de la

44. Cfr. Casabó, Comentarios, II, p. 9; Cerezo, PG, I, pp. 24 ss., que recogen abundantes referencias bibliográficas; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 822.

sociedad ha de **basarse en la retribución justa** y en la determinación de la pena conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución. Ésta constituye una posición «conservadora», representada por el Proyecto ministerial alemán de 1962.[45] Por otra parte, un sector «progresista» de la ciencia alemana invierte los términos de la relación: **fundamento de la pena es la defensa de la sociedad** (protección de bienes jurídicos), y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de *límite máximo* de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena *superior* a la merecida por el hecho cometido. A diferencia de la primera posición, ésta permitiría disminuir o incluso prescindir de la pena *por debajo* de lo que exigiría la retribución. El Proyecto Alternativo alemán, que se propuso por un grupo de profesores frente al oficial de 1962, representó una clara e importante expresión de esta última posición.[46] Para la primera dirección el Derecho penal está llamado a cumplir una *doble función*, no sólo de protección de la sociedad, sino también de realización de la justicia; para la segunda corriente, en cambio, al Derecho penal *sólo* compete la función de protección.

43 Más oscura es la **relación en que conciben las teorías eclécticas la prevención general y la especial**. A menudo se limitan a adicionarlas sin orden cualitativo claro.[47] Tal vez pudiera aventurarse que la **dirección tradicional** tiende a destacar la *prevención general*, por cuanto hasta cierto punto constituye un efecto inherente a la retribución, mientras que ambas cosas, la prevención general y la retribución, pueden chocar en mayor medida con las exigencias de prevención especial —piénsese en los ejemplos más arriba aducidos para mostrar las insuficiencias de la prevención especial—. En cambio, la **corriente más «moderna»** que desde von Liszt llega al Proyecto Alternativo alemán y ha inspirado numerosas reformas en las legislaciones de la mayoría de países, parece inclinarse hacia la *prevención especial* o, al menos, a acentuar su importancia junto a la prevención general.

44 Esto no significa necesariamente que en caso de **conflicto entre las exigencias de prevención general y especial** se sacrifiquen las necesidades de prevención general. Cabe acentuar la importancia de la prevención especial en comparación con la que se le concedía

45. Resulta expresivo el siguiente fragmento del Proyecto Oficial de StGB de 1962: «...el Proyecto ve el sentido de la pena no sólo en la retribución de la culpabilidad del autor, sino también en la afirmación del orden jurídico. Además, sirve a determinados fines político-criminales, en especial al fin de prevenir futuros delitos». Y a continuación se refiere a la intimidación, a la resocialización y a la inocuización, como medios de prevención. Concluye afirmando: «Todos estos fines se alcanzan en parte, sin más, por medio de la pena. Pero pueden también perseguirse de forma especial en el caso concreto a través de la determinación de la clase y medida de la pena». Cfr. Entwurf eines StGB, p. 96.

46. Cfr. El § 2 del Proyecto Alternativo declara expresamente que la pena sirve a los fines de protección de los bienes jurídicos y reincorporación del sujeto a la sociedad. En la Fundamentación de dicho Proyecto se dice, además, que al Derecho corresponde la función de afirmar «el pacífico orden del Derecho, necesario al hombre», y se destaca que la pena «no es ningún proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres»: cfr. Alternativ-Entwurf, p. 29. En la misma línea la «Propuesta Alternativa de la Parte General del CP», opuesta al Proyecto 1980 español: cfr., con presentación de Mir Puig y Muñoz Conde, CPC 18 (1982), pp. 609 ss.

47. Es lo que sucede en el Proyecto ministerial alemán de 1962: vid. nota anterior. Tal proceder es criticado, con razón, por Roxin, Sentido, p. 19.

tradicionalmente —que era mínima— y, sin embargo, reconocer que la prevención especial debe retroceder cuando resulte absolutamente incompatible con las necesidades generales de protección de la sociedad. Así, incluso las posiciones «avanzadas» del Proyecto Alternativo alemán, o de la «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal»,[48] que el Grupo Parlamentario Comunista español opuso al Proyecto CP 1980 —también progresistas en comparación con el Derecho vigente— admiten sólo la suspensión condicional de la pena o del fallo, o la sustitución de la pena de privación de libertad, para ciertos delitos no graves. Esto puede verse como un límite que la prevención general impone a la prevención especial.[49]

45 B) Mención especial requiere una corriente doctrinal que combina de una forma peculiar los puntos de vista de las distintas teorías sobre la pena: asignándole **funciones diversas en los distintos momentos** en que opera, desde su previsión en la ley, hasta su cumplimiento. Se pretende con ello superar el planteamiento dominante de las teorías eclécticas, consistente a menudo en una mera yuxtaposición de los diferentes fines de la pena.

46 Aunque inició esta vía la "teoría de la diferenciación" de Schmidhäuser[50], merece ser destacada la **construcción de Roxin**. Distingue **tres fases** esenciales de la vida de la pena: la conminación legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena. A cada una de estas etapas corresponde una respuesta distinta a la cuestión de la función de la pena, pero de tal modo que cada una de ellas se halla estrechamente relacionada con las anteriores. La formulación de Roxin recibe el nombre de **«teoría dialéctica de la unión»** porque «acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis».[51]

47 En el primer momento de la **conminación legal** no resulta suficiente ninguna posición tradicional: ni la retribución, ni la prevención general o especial dan respuesta a la cuestión de qué debe prohibir el legislador bajo pena, porque ninguna de estas teorías aclara qué es lo que merece ser considerado delictivo, ya sea para retribuirlo ya para prevenirlo. Roxin ofrece la respuesta siguiente: la función de la pena es en el momento legislativo la *protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles*, protección que sólo podrá buscarse a través de la *prevención general* de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones. Al ser la ley anterior al delito, no podría ser medio de retribución del mismo, ni de prevención especial del delincuente. La ley penal sólo puede, pues, dirigirse a la colectividad intentando la prevención general, pero no como finalidad vacía, sino sólo como instrumento al

48. Vid. nota 45.

49. Cfr. en este sentido, y coincidiendo básicamente, Luzón Peña, Medición, pp. 20 ss., 47, 58, 61 ss. También, aunque parte de la preferencia de la prevención especial, Roxin, AT, § 3/41 3.ª ed.

50. Cfr. Schmidhäuser, Sinn der Strafe, pp. 43 ss., 80 ss., 87 ss., y AT (1975), pp. 52 ss.

51. Cfr. Roxin, Sentido, p. 34.

servicio de la función de protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas fundamentales.[52]

48 Al segundo momento de la realización del Derecho penal, el de la **aplicación judicial**, corresponde, en primer lugar, servir de complemento a la función de prevención general propia de la conminación legal: la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley. Pero en la medición de la pena el juez debe someterse a una limitación: *la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor*. De lo contrario se caería en la objeción kantiana que la doctrina dominante alemana y el propio Roxin hacen a la prevención general: el autor sería utilizado como *medio* para los demás. Ello cree Roxin que se evita cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone sólo «según la medida de su persona».[53] Sin embargo, éste es el único aspecto de la retribución que admite este autor, que en cambio rechaza abiertamente la otra exigencia del retribucionismo de que la pena no pueda ser inferior a lo que imponga la culpabilidad.[54]

49 Por otra parte, la imposición judicial de la pena servirá también a la *prevención especial*. En un principio Roxin concedía a este aspecto una importancia secundaria en el momento judicial.[55] En trabajos posteriores ha acentuado, en cambio, la autonomía de la función de prevención especial en la determinación de la pena.[56] Esto se ha visto favorecido por la nueva fórmula legal que el CP alemán de 1975 introdujo como base de la determinación de la pena. Más abajo insistiremos en este punto.

50 La última fase en la vida de la pena, la de su **ejecución**, serviría a la confirmación de los fines de los momentos anteriores, pero de forma que tienda a la *resocialización* del delincuente, como forma de prevención especial. Aquí debe incluirse el mero posibilitar la utilización de las facultades propias del delincuente, evitando su atrofia, en los casos en que aquél no precise un propio tratamiento terapéutico-social.[57]

---

52. A esto añade Roxin que la protección penal de los mencionados bienes y prestaciones ha de ser subsidiaria, en el sentido de que no existan otros medios de protección menos lesivos que la pena: Sentido, pp. 21 ss.

53. Cfr. Roxin, Sentido, p. 27.

54. Cfr. Roxin, AT, § 3/50.

55. Cfr. Roxin, Sentido, p. 26.

56. Cfr. p. ej., Roxin, CPC 9 (1979), pp. 55 ss., 67 ss.

57. Cfr. Roxin, Sentido, p. 32. Sobre la posición de Roxin, cfr. Muñoz Conde, Introducción, pp. 36-38; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 52 ss.; Luzón Peña, Medición, pp. 56 ss., quien no obstante entiende que los tres estadios de la pena están orientados en mayor o menor medida a la prevención general y especial, cosa que Roxin, AT, § 3/42, admite ahora expresamente.

51 C) Es en el momento de **determinación judicial de la pena** en donde resulta más difícil conciliar las exigencias de justicia, prevención general y prevención especial. El juez ha de contar con criterios que permitan dicha conciliación. No es aquí el momento de desarrollar esta problemática (cfr. infra Lec. 31 V). Diré sólo que en la doctrina alemana prevalece la llamada **«teoría del espacio de juego»**, según la cual la culpabilidad obliga a imponer la pena *dentro de un margen* (espacio de juego) que oscila entre un máximo y un mínimo, pero la fijación de la medida exacta de la pena dentro de dicho «espacio de juego» debe hacerse con arreglo a las exigencias de prevención especial, salvo cuando excepcionalmente lo impida la prevención general.[58] Favorecida por la redacción del parágrafo 46 StGB de 1975, se trata de una solución que admite diversos matices, pero que se aproxima a la dirección ecléctica «conservadora» que reflejó el Proyecto Oficial alemán de 1962.

II. La función de las medidas de seguridad

52 1. Contrasta la diversidad de respuestas que se dan a la cuestión de la función de la pena con la coincidencia existente respecto a la función de las medidas de seguridad. No se discute que la función que a éstas corresponde es la prevención de delitos frente a un sujeto peligroso: *prevención especial*.[59]

53 Para quien atribuya a la pena la sola función de retribución, la distinción de las **funciones respectivas de penas y medidas** será elemental. Pero si se admite que también la pena sirve a la función de protección de la sociedad, no será tan sencilla la delimitación. Las dificultades se extreman cuando se defiende que la pena, como la medida, posee la función de prevención especial.[60] El Proyecto Alternativo alemán ha llegado a equiparar expresamente los fines que persiguen penas y medidas. También lo hizo la «Propuesta Alternativa de Parte General del Código penal» que opuso el Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto español de 1980.[61]

54 El artículo III de dicha Propuesta Alternativa declara: «Las leyes penales, tanto si establecen penas como medidas de seguridad, persiguen la prevención de delitos como medio de protección de la sociedad».[62]

55 Ello no significa que penas y medidas dejen entonces de poder ser diferenciadas en cuanto a **su *concepto***, que **debe distinguirse de su *función*** (cfr.

---

58. Cfr. por todos Zipf, CPC 17 (1982), pp. 355 ss.

59. Vid., p. ej., Jescheck, Tratado, p. 7. En nuestro país, Barbero Santos, Consideraciones, p. 38; Beristain, Medidas, p. 50; Jorge Barreiro, Las medidas, p. 87; Terradillos, Peligrosidad, p. 24; Cerezo, PG, I, p. 33; Muñoz Conde, Introducción, p. 39; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 57 ss.

60. Rodríguez Devesa, Sobre las dificultades de distinguir los fines de penas y medidas, PG, p. 931.

61. Cfr. CPC 18 (1982), pp. 609 ss.

62. Cfr. CPC 18 (1982), pp. 611 y 616.

supra, Lección 1, IV). Las medidas son respuesta a la *peligrosidad* del sujeto, las penas, al *delito* cometido. A diferencia de las penas, las medidas no se imponen como realización de una amenaza legal prevista para reforzar un mandato o prohibición dirigidos a los ciudadanos. La medida es un *tratamiento* que no responde a los mecanismos de conminación legal, norma imperativa e infracción.

56 La equiparación o aproximación de las funciones respectivas de penas y medidas no conduce, pues, a tener que adoptar un **«sistema monista»** que renuncie a diferenciar ambos conceptos. Ahora bien, aquella equiparación o aproximación puede permitir la superación del sistema de la **«doble vía»**,[63]que lleva a la posible aplicación cumulativa de penas y medidas privativas de libertad a una sola persona, para pasar al **sistema vicarial**, que permite descontar de la duración de la pena de prisión el tiempo de cumplimiento de la medida de internamiento que se ejecuta primero.[64] En cambio, si se afirma que la pena es una exigencia de Justicia y las medidas sirven a la prevención, es difícil aceptar que el cumplimiento de una medida pueda servir para acortar o incluso sustituir por completo a la pena, porque aquel cumplimiento no puede asumir la misión de retribuir el mal realizado.

57 2. Si la función *genérica* de toda medida de seguridad es la prevención especial, a las distintas clases de medidas corresponden **específicas funciones**.[65] Las **medidas terapéuticas** (como el internamiento en un centro psiquiátrico o el tratamiento ambulatorio previstos para el enfermo mental) tienen como función básica la *curación o mejora de la salud*—aunque también pueden tener una finalidad asegurativa, que será la única en el caso de sujetos incurables o no mejorables pero peligrosos—. Las **medidas educativas** (como las previstas para menores) sirven a la función de *reeducación*. Finalmente, otras **medidas puramente aseguративas** (como la libertad vigilada: art. 96, 3, 3ª CP) cumplen una función de *inocuización* y, a ser posible, de *resocialización*. Las tres clases de medidas se justifican por la necesidad de prevención, pero mientras que las aseguративas tienen, de forma directa, puesta la mira en la sociedad, las reeducadoras y curativas atienden de forma inmediata al beneficio del sujeto a ellas.

---

63. Cfr. sobre el tema Quintero, Monismo y dualismo, pp. 571 ss.; Muñoz Conde, Monismo y dualismo, pp. 217 ss.; el mismo, Derecho penal y control social, pp. 51 ss. En contra de la superposición de penas y medidas en nuestro país: Antón, PG p. 587; Rodríguez Devesa, Algunas cuestiones, pp. 339 ss.; Mir Puig, Introducción, pp. 117 ss.

64. Sobre el sistema vicarial cfr. Marquardt, Vikariieren, *passim*; Jorge Barreiro, Las medidas, pp. 183 ss.; Mir Puig, Introducción, pp. 117 ss.; Muñoz Conde, Derecho penal y control social, pp. 70 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed, pp. 61, 431 s. La Reforma de 1983 introdujo en el CP el sistema vicarial respecto a las medidas de internamiento impuestas junto a una pena atenuada por razón de exención incompleta de enajenación o alteración de la percepción. El CP 1995 admite el sistema vicarial con carácter general en caso de concurrencia de penas y medidas privativas de libertad (art. 99 CP).

65. Cfr. Beristain, Medidas, pp. 67 ss.; Barbero Santos, Consideraciones, pp. 38 ss.

III. La función del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho[66]

58 1. Como acaba de verse, existe acuerdo acerca de la función de las medidas de seguridad. En cambio, el examen de las teorías de la pena puso de manifiesto una amplia gama de opiniones en torno a la función de la pena. Si, como es frecuente, se estudia el tema sin situarlo en el contexto del Derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. No me parece éste el camino correcto. La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al Derecho penal. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de «la pena», en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena *en* el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado.

59 La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos, y así ha sido a lo largo de la Historia. En el **Derecho penal primitivo**, dejada en manos de la familia de la víctima, servía a la venganza privada. Desde que se considera monopolio del Estado, la función de la pena ha dependido de los cometidos atribuidos al Estado. En el **Estado de base teocrática** la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino. En las **monarquías absolutas** del *Ancien Régime*, la pena tuvo tan pocos límites como el poder del rey, a cuyo mantenimiento contribuyó sirviendo a una función de prevención general sin límites: fue la época del llamado «terror penal». Como consecuencia de la Ilustración, el **Estado liberal** clásico, preocupado en cambio por someter el poder al Derecho —en esto consiste el «Estado de Derecho»—, buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre-razón. Podía, entonces, fundarse coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de Justicia, base de la retribución. Constituía un límite al poder punitivo del Estado, que sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena adonde no era necesaria.

60 La progresiva aparición del **Estado social**, como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de prevención especial, que

66. Vid. Mir Puig, Función, pp. 25 ss. Las bases del planteamiento que efectúo las cree Bustos, Control social, p. 117, «ineludibles para cualquier otro sistema que se proponga, y es por ello que reconocemos en ella también el punto de partida de nuestra posición personal». Ver en cambio Bustos/Hormazábal, PG, pp. 46 ss.

no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo. En el nuevo contexto del Estado social-intervencionista pudieron aparecer las medidas de seguridad, instrumentos de prevención especial inadecuados al estricto legalismo liberal clásico.

61 La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a **sistemas políticos totalitarios**, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores que ello trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser *social*, reforzase sus límites *jurídicos* en un sentido *democrático*. Surgió, así, la fórmula sintética de **«Estado social y democrático de Derecho»**. Acogida en la propia Constitución alemana de la postguerra, sirve de punto de arranque a la Constitución española de 1978 (art. 1, 1). El Derecho penal de un tal Estado habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto Derecho penal de un Estado *social*, deberá legitimarse como sistema de *protección efectiva de los ciudadanos*, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida —y sólo en la medida— de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado *democrático de Derecho*, deberá someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

62 Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales), o que otras formas de Derecho penal autoritario.[67]

63 En la Lección siguiente examinaremos los límites mencionados. Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una

67. Cfr. Ferrajoli, Poder y Control, 1986, pp. 37 ss, para quien son dos los fines con que debe justificarse el Derecho penal: no sólo la prevención de delitos, sino también la prevención de reacciones informales, más gravosas. Cfr. también Hassemer, Fundamentos, pp. 396 ss., 400. Acertadamente señala Silva, Aproximación, pp. 40 s., 241 ss. y, sobre todo, 249 ss., que la función del Derecho penal es tanto la prevención de delitos como la reducción al mínimo de la violencia estatal, lo que supone que la limitación de la prevención no supone sólo un límite de la función del Derecho penal, sino parte esencial de ésta. Cfr. también, Roxin, AT § 7/70.

prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.

64 Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del Derecho propio de un Estado social y democrático de Derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de **prevención general positiva**.[68]

65 2. La función del Derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello. El Derecho penal no sólo se integra de las normas que prevén penas o medidas (normas secundarias), sino también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (**normas primarias**).También en éstas habrá de reflejarse la función del Derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca,[69] en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito como infracción de la norma (primaria). Ello no cabría en una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí como aspecto de la prevención general positiva. También la **teoría del delito**, y no sólo la de la pena, deberá basarse, pues, en la función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho (cfr. *infra*, Lección 5, II).

IV. La función de la pena en la legislación penal española vigente

66 ¿Responde el Código penal español al planteamiento propuesto? ¿Se ajustan a él las demás leyes que regulan la pena en nuestro país?

67 1. A menudo se afirma que el Código penal español es retribucionista. Sin duda, en el Derecho positivo —no sólo en el español— la pena es un mal que se impone en cuanto tal mal como respuesta a la comisión de un delito. Para expresarlo con palabras de Grocio: «*Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*».[70] Sin embargo, este **«concepto»** de pena como castigo no ha de prejuzgar la solución a la cuestión de la **«función»** de la pena. Que la pena sea conceptualmente un castigo, no implica que su función última sea la retribución. Así, la observación del Derecho positivo muestra que, aun entendida como castigo, la pena sirve a la función preventiva de defensa de bienes jurídicos.

68 2. Veamos diversos argumentos que permite nuestro Derecho penal en contra de una función de realización de la Justicia.

---

68. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1986, p. 58.

69. Sobre la función de motivación de la norma penal cfr. Gimbernat, Estudios, pp. 112 ss., 142; Muñoz Conde, Derecho penal y control social, pp. 31 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed, pp. 68 ss.

70. Sobre los argumentos legales favorables a esta concepción de la pena cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 91 ss.

69 A) En primer lugar, **la protección penal de los bienes jurídico-penales es sólo fragmentaria** («carácter fragmentario del Derecho penal»: cfr. infra, Lección 4). Por una parte, no se castigan todos los ataques que producen una determinada lesión en dichos bienes jurídicos, sino sólo las modalidades más *peligrosas* a los mismos. Así, el impago de una deuda no constituye delito por muy importante que sea la lesión patrimonial que supone, mientras que se castiga todo hurto o daño patrimonial por pequeño que sea. Ello no parece responder a un criterio de Justicia, atento a la reparación del mal causado según su gravedad, sino a la finalidad de *prevenir* los ataques según su *peligrosidad*. Tampoco se aviene con la función de realización de la Justicia que la *medida* de la protección penal del patrimonio —para seguir con el mismo ejemplo— dependa no sólo de la gravedad del ataque, sino sobre todo del grado de su peligrosidad.[71]

70 Así, en principio se castigan con mayor severidad las conductas que persiguen el enriquecimiento correlativo a la expropiación (robo, hurto, estafa) que las desprovistas de dicha finalidad, como los daños. Ello se debe, sin duda, a la mayor probabilidad de las primeras —su peligrosidad estadística—, pues el móvil normal de los ataques al patrimonio es el lucro, como lo demuestra la composición de la casi totalidad de la delincuencia profesional en este sector. Más notorio es todavía que la levedad de las penas señaladas a la usurpación de bienes inmuebles se explica por la escasa peligrosidad de los ataques a esta clase de bienes, protegidos ya por la fe registral.

71 Lo mismo prueba, y con carácter general no limitado a una clase de delitos, el fundamento de la mayor parte de **circunstancias agravantes**. Si determinan la elevación de la pena no es porque expresen necesariamente mayor desvalor que en justicia merezca mayor castigo, sino porque suponen la utilización de medios de comisión, de situaciones subjetivas o de ocasión más peligrosos para el bien jurídico de que se trate.[72] Ello motiva una prevención penal más intensa.[73]

72 Otro ejemplo de primer orden es la llamada **condena condicional** (arts. 80 ss. CP): permite dejar en suspenso el cumplimiento de la pena impuesta a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir en un cierto plazo, «atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad del sujeto». La admisión de instituciones como ésta indica que se renuncia a considerar la imposición de la pena como una exigencia de Justicia, pues no responde a ésta que el Juez pueda declarar *excepciones* a la necesidad de que se cumpla la pena, por razones utilitarias como la de evitar los perjuicios de las penas cortas de prisión en orden a la prevención especial.

73 Tres argumentos ofrece todavía el Código penal en contra de la función de realización de la Justicia: 1º) La extinción de la responsabilidad penal por obra de la **prescripción del delito o de la pena**,[74] del **indulto** y del **perdón del ofendido** en ciertos delitos (art. 130); 2º) La presencia

---

71. Del contexto ya se desprende que no se utiliza el término «peligrosidad» como juicio referido al autor, de probabilidad de comisión por su parte de ulteriores delitos, sino en referencia a los modos de ataque, como expresión de su virtualidad para conducir al resultado lesivo. Esta clase de peligrosidad no desborda el Derecho penal del acto.

72. Así, Antón Oneca, PG p. 351, para las circunstancias objetivas: «las más de ellas (tienen como fundamento), la mayor facilidad para cometer el delito y las dificultades de defensa en la víctima». De distinta opinión respecto a varias agravantes, Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 627 ss., 638, 646 ss., 663 ss., 676, 685 ss., aunque coincide respecto a las antiguas circunstancias de auxilio de gente armada (p. 697), nocturnidad (pp. 710 ss.), despoblado (p. 716) y cuadrilla (pp. 722 ss.).

73. Cfr. más ampliamente, con ejemplos, Mir Puig, Introducción, p. 94.

74. Así, para el Derecho alemán, Schmidhäuser, AT (1975), p. 55.

en el CP de delitos cuya persecución se hace depender de la voluntad del agraviado o de quien lo sustituya legalmente, exigiéndose su **previa denuncia** (como, p. ej., determinados delitos contra la libertad sexual) o incluso **querella** (calumnia e injuria); 3º) La existencia de **«condiciones objetivas de punibilidad» o «excusas absolutorias»** basadas en puras razones de oportunidad y no de justicia (así, arts. 268, 480 y 606, 2). Son todas éstas instituciones que contradirían una concepción absoluta de la pena, pues miran a la conveniencia político-criminal.

74 B) Pero es fuera del CP donde se contienen los argumentos decisivos en contra de la retribución como función fundamental de la pena: tanto la **Constitución** de 1978 como la **Ley General Penitenciaria** de 1979 atribuyen expresamente a las penas privativas de libertad la función de *«reeducación y reinserción social»*. El art. 25, 2 de la Constitución establece: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». El artículo 1 de la Ley General Penitenciaria declara que «las Instituciones penitenciarias... tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social...». Con la expresión «reeducación y reinserción social» se alude a la resocialización, uno de los aspectos de la *prevención especial*.[75] Ello resultaría incompatible con una concepción retributiva de la pena, que atribuya a ésta la función de realización de la Justicia, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que pueden modificar en forma notable su carga de gravosidad, sin que ello se funde en razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido, sino sólo a la personalidad del sujeto. Dos autores de hechos de la misma gravedad pueden, por esta vía, ser sometidos a regímenes penitenciarios diversos como el cerrado y el abierto, lo que sería evidentemente «injusto» desde el punto de vista de la retribución.

75 No ha de entenderse, en cambio, que el art. 25, 2 de la Constitución excluya las demás funciones de *prevención general y especial* que no menciona. La prevención general y la especial tienden al mismo objetivo último: la evitación de delitos como forma de protección social. La necesidad de la prevención general junto a la especial puede fundarse en la imagen del Estado social y democrático de Derecho que establece el art. 1, 1 de la Constitución, concretado en otros de la misma, como su art. 9.[76]

---

75. Así García-Pablos, ADPCP 1979, p. 651; Boix Reig, Significación, p. 114. Ver, sin embargo, Mapelli, Principios, pp. 146 ss. y 180 ss. El art. 1 LOGP cit. añade la función de «retención y custodia... de los penados», pero ésta no debe entenderse necesariamente como retributiva, ya que también se extiende a los «procesados y presos» preventivos, no condenados, sino al servicio de diversos fines. Respecto a los penados puede verse como modo de confirmar la prevención general de la pena y como modalidad *asegurativa* de la prevención especial.

76. Cfr. Mir Puig, Función, p. 48; Berdugo, Lesiones, p. 37; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 822; Cerezo, Actualidad penal, nº 14, 1993, p. 195.Vid. también la STC. 21 en. 87: aunque el principio de resocialización debe orientar la política penitenciaria del Estado, «el art. 25, 2 de la Const. no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa

76 3. **¿Cómo se combinan entonces las funciones de prevención general y especial** en nuestro Derecho? El planteamiento de Roxin más arriba expuesto resulta válido, con ciertos matices, para dar respuesta a esta cuestión.[77]

77 En el momento de la **conminación legal** no puede buscarse la prevención especial frente al delincuente que todavía no puede existir; luego, procederá entonces la función de *prevención general*. Esta prevención tiende a evitar ataques a bienes jurídicos en la medida de su gravedad y de su peligrosidad —los dos baremos básicos de la selección de la incriminación penal y de la graduación de la pena.

78 La misma función de *prevención general* se confirma en las fases de aplicación judicial y de ejecución de la pena. Sin embargo, en la **fase judicial** puede intervenir la *prevención especial*, junto a la idea de *proporcionalidad*, como se sigue del art. 66, 6ª, que alude «a las *circunstancias personales* del delincuente y a la mayor o menor *gravedad del hecho*», y del art. 80, 1, que establece como criterio rector fundamental de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos», en relación con la exigencia de resocialización del art. 25, 2 de la Constitución. Pero en la determinación de la pena la idea de prevención especial sólo puede ser tenida en cuenta por el Juez dentro del marco, estrecho, que permiten los márgenes penales fijados por la ley a cada delito y según las circunstancias modificativas concurrentes, previstas como de obligada apreciación y con efectos tasados. La prevención especial podrá conducir, no obstante, a la apreciación de la *condena condicional* dentro de ciertos límites que aseguran la prevención general, como el de que no se puedan suspender penas de más de dos años de prisión o, en ciertos casos, de más de cinco años de duración.

79 Por último, en la fase de **ejecución de la pena**, el art. 1 de la Ley General Penitenciaria, confirmando la Constitución, atribuye expresamente a las penas privativas de libertad la función de *prevención especial*, primordialmente como *resocialización* y también como "retención y custodia" de los reclusos. En las demás penas, la prevención especial constituye una consecuencia implícita a la concreta *intimidación* que supone su ejecución para el delincuente.[78]

---

orientación». Cfr. también STC 150/1991, de 4 jul. Las SSTS 20 jun. 2000 y 15 oct. 2001 subrayan la función de prevención general positiva de la pena.

77. De acuerdo con esto y lo que sigue García-Pablos, Introducción, p. 182

78. Téngase además en cuenta la función de retención y custodia de los penados que añade el art. 1 LOGP. Más ampliamente sobre todo lo anterior Mir Puig, Introducción, pp. 97 ss.

Lección 4.
LOS LÍMITES DEL *IUS PUNIENDI*

Bibliografía

Abanto, ¿Normativismo radical o normativismo moderado?, en RPnº 16, 2005; *Abel Souto*, Teorías de la pena y límites al *ius puniendi* desde el Estado democrático, 2006; *Aller*, Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo, 2006; *Álvarez García*, Sobre el principio de legalidad, 2010; *Ambos*, Feindstrafrecht, en SchwZStr 124, 2006; *el mismo*, *Nula poena sine lege* in International Criminal Law, en Haveman/Olusanya (eds.), Sentencing and Sanctioning in Supranational Ciminal Law, 2007; *Aller*, Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo, Montevideo 2006; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; *Arroyo*, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en Rev. Española de Dº constitucional, mayo-ag. 1983, pp. 9 ss.; *A. Asúa*, El régimen penitenciario abierto, en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 955 ss.; *Atienza*, A vueltas con la ponderación, en La razón del Derecho, 2010; *el mismo*, Constitucionalismo y Derecho penal, en Mir/Corcoy (dirs.) Hortal (coord.), Constitución y sistema penal, 2012; *Bacigalupo*, La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal, en Anuario de derechos Humanos, 2 (1983), pp. 13 ss.; *el mismo*, Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal, en Montiel (ed.) La crisis del principio de legalidad…, 2012; *el mismo*, Dignidad de la persona y Derecho Penal, en LH a B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Bajo*, La responsabilidad penal colectiva, en CPC (98) 2009; *Baldó*, La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho, ADPCP 1996; *Balcarce*, Dogmática penal y principios constitucionales, 2014; *Baratta*, Jenseits der Strafe —Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, en Festschrift f. Arth. Kaufmann, 1993, pp. 393 ss.; *Baurmann*, Schuldlose Dogmatik?, en Lüderssen/Sack (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, 1980, pp. 196 ss.; *el mismo*, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; *Beccaria*, De los delitos y de las penas, trad. J. A. de las Casas, 1968; *Berdugo Gómez/Pérez Cepeda*, Derechos Humanos y Derecho Penal: Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones, en RP (26) 2010; *Bernal Pulido*, Estructura y límites de la ponderación, Doxa, 2003; *Bernardi*, La aproximación constitucional al Derecho Penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, en RP (27) 2011; *el mismo*, I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo, en Mir/Corcoy (dirs.)/Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012; *Bohne*, Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot, en Festschrift für H. Lehmann, 1937, pp. 71 ss.; *Borja Jiménez*, Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal, 2012; *Brunhöber*, Von der Unrechtsahndung zur Risikosteuerung durch Strafrecht und ihre Schranken, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Bruzzone*, El principio de culpabilidad penal. Una aproximación desde el krausismo, 2005; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2ª ed., 1991; *Cancio*, Feind"strafrecht"?, ZStW 2005, pp. 267 ss.; *Cancio/Gómez-Jara* (coord.), Derecho penal del enemigo, obra colectiva de dos vol., Buenos Aires 2006; *Cancio/Feijoo* (ed.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con G. Jakobs en la UAM, 2008; *Carbonell*, Derecho penal. Concepto y principios constitucionales, 2ª ed., 1996; *Cardenal Murillo*, Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho penal español, CPC nº 37 (1989);

Carpio, Europeización y reconstitución del *non bis in idem*, RGDP, 2010, pp.1698 ss.; *el mismo,* Europeización y reconstitución del "non bis in idem" - efectos en España de la STEDH "Sergueï Zolotoukhine V. Rusia" de 10 de febrero de 2009-, en Mir/Corcoy (dirs.)/Hortal (coord.), Constitución y sistema penal, 2012; *Caruso Fontán/Pedreira González*, Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo, 2014; *Carvalho*, Penas e garantias, 2ª ed., Rio de Janeiro 2003; *Castiñeira/Ragués*, Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TS de los E.E.U.U., en RDPCr nº 14, 2004; *Cattaneo*, Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, 1981; *el mismo*, Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale, 1970; *Class*, Generalklauseln im Strafrecht, en Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 136 ss.; *Corcoy*, La interpretación en derecho penal. Favor libertatis versus Favor securitatis. In dubio pro reo versus In dubio contra reo, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *la misma*, Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales, en Mir/Corcoy (dirs.)/Hortal (coord.), Constitución y sistema penal, 2012*; la misma*, Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales, en Rev. de derechos fundamentales, (8) 2012; *Córdoba Roda*, Culpabilidad y pena, 1977; *Cuerda Arnau*, Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J.R. Casabó, 1997, pp. 447 ss.; *la misma*, Proporcionalidad penal y libertad de exspresión: la función dogmática del efecto del desaliento, RGDP, (8) 2007; *Cuerda Riezu*, El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio: manifestaciones cualitativas, en ADPCP, 2009; *el mismo*, El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio: manifestaciones cuantitativas, en ADPCP, 2009; *Cugat Mauri/Quintero Olivares*, "Nullum crime sine poena" y pluralidad de delito o procesos, en Lh a la Profesora Díaz Pita, 2008; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1992; *De la Cuesta*, El sistema penitenciario: reforma o abolición, en Rev. del Colegio de Abogados de Vizcaya, nº 12, 1983, pp. 21 ss.; *Demetrio*, Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo", en RDPCr nº 14, 2004; *el mismo*, El derecho penal del enemigo "darf nicht sein", en http://www.iustel.com, RGDP, nº 4, nov. 2005; *el mismo*, Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal, en Pérez Álvarez (ed.), LH al Prof. Núñez Barbero, 2008; *el mismo*, El principio de culpabilidad: ¿un derecho fundamental en la Unión Europea?, en Díez Picazo/Nieto (coords.), Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo, 2010; *Díaz López,* Non bis in idem: difusa garantía del orden jurídico penal tras los atentados del 11- M, en Diario La Ley, 2008; *Díaz y García*, Ne bis in idem material y procesal, Rev. Derecho Univ. Centroameriacana, 2004; *Díez Ripollés*, Presupuestos de un modelo racional de legislación penal, en Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 24, 2001; *el mismo*, La racionalidad de las leyes penales, 2003; *el mismo*, El control de constitucionalidad de las leyes penales, Rev. Española de Dº constitucional 2005, pp. 59 ss.; *el mismo*, La política criminal en la encrucijada, 2007; *el mismo*, Política criminal y Derecho penal. Estudios, 2013; *Doménech Pascual*, Los derechos fundamentales a la protección penal, Rev. Española de Derecho Constitucional, 2006; *Domínguez Figueiredo/Rodríguez Basanta*, Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal, en da Agra/Domínguez Figueirido/García Amado/Recasens (eds.), Seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto, 2003; *Donini*, Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, en Lüderssen/Sack, Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1975, pp. 266 ss.; *Erb*, Die Schutzfunktion von Art. 103 II GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), pp. 266 ss.; *Faraldo*, Politica criminal y reformas penales, 2007; *Feijoo*, Sobre la "administrativización" del derecho penal en la "sociedad del riesgo", en A.A.V.V., Derecho y Justicia penal en el s. XXI. Homenaje al Prof. A. González Cuellar, 2006; *el mismo*, El derecho penal del enemigo y el estado democrático de derecho, en *Cancio/Gómez-Jara* (coord.), Derecho penal del enemigo, Buenos Aires 2006; *el mismo*, Normativización del derecho penal y realidad social, Univ. Externado Colombia, 2007; *Felip i Saborit*, Observaciones a "La expansión" diez años después, en Robles/Sánchez-Ostiz (coords.), La crisis del derecho penal contemporáneo, 2011; *Fernández Carrasquilla*, Derecho penal liberal de hoy, Bogotá-Medellín, 2002; *Frisch*; An den Grenzen des Strafrechts, en Festschrift für Stree/Wessels, 1993; *el mismo*, Toleranz als strafrechtsbegrenzendes Prinzip?, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, ¿La tolerancia como principio limitador del Derecho penal?, en Robles (ed. es), Límites al Derecho penal, 2012); *García Arán*, El llamado principio de culpabilidad, en A.A.V.V., El nuevo Derecho penal español. LH Valle Muñiz, 2001, pp. 401 ss.; *García-Pablos*, Estudios penales, 1984; *García Pérez*, La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial, en RECPC (9) 2007; *García Rivas*, El poder punitivo en el Estado democrático, 1996; *García Valdés*, No a la pena de muerte, 1975; *Gimbernat*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981,

pp. 105 ss.; *el mismo*, Estado de derecho y Ley penal, La Ley, 2009; *Gorriz*, Posibilidades y límites del Derecho penal de dos velocidades, en *Terradillos/Acale* (coord.), Temas de Derecho penal económico, 2004; *Gómez Martín,* Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de G. Jakobs, en *Cancio/Gómez-Jara*, Derecho penal del enemigo, Buenos Aires 2006; *el mismo*, El Derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades, 2007; *González Cussac,* El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo, en RP (19) 2007; *el mismo*, La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad, en EDJ (128) 2007; *Gössel*, Widerrede zum Feindstrafrecht, en Festschrift für F.Ch. Schroeder, 2006; *Gracia*, Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo, Lima, 2007; *el mismo*, La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático), en RDPC (3) 2010; *Gössel*, Widerrede zum Feindstrafrecht, en Festschrift für Schröder, 2006; *Gracia Martín*, Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *el mismo*, La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno, 2011; *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, 2009; *el mismo*, Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal, en InDret 4/2010; *Grünwald*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, en Festschrift f. Arth. Kaufmann, 1993, pp. 49 ss.; *Haffke*, Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 955 ss.; *Hassemer*, ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, CPC 18 (1982), pp. 473 ss.; *el mismo*, Sicherheit durch Strafrecht, en StrafVerteidiger, 6/2006; *el mismo*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.) Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Hefendehl*, Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine: Die technische Prävention und das Strafrecht, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Churras y merinas o más de lo mismo: la prevención técnica y el Derecho penal, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Herzog*, Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts, KritV 1993, pp. 247 ss.; *von Hirsch/Seelmann/Wohlers* (coords.), Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, 2006 (trad. al español en, Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, 2012); *el mismo*, Toleranz als "Mediating Principle", en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.) Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Tolerancia como mediating principle, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005; *la misma*, Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.) Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Huber*, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, en Zeit. f. schweizer. Recht, 96 (1977), pp. 1 ss.; *Huerta Tocildo*, El derecho fundamental a la legalidad penal, Rev. española de Dº constitucional, pp. 81 ss.; *Iglesias Río*, Constitución y moderno Derecho penal en la sociedad del riesgo, en Balado/García Regueiro, La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario, 2003; *Jakobs*, El principio de culpabilidad, ADPCP 1992, pp. 1051 ss.; *el mismo*, Diez años después: el Derecho penal del enemigo, en CPC (105) 2011; *Jakobs/Cancio*, Derecho penal del enemigo, 2ª ed., 2006; *Jareborg*, Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio), Ohio State Journal of Criminal Law, 2004; *Jescheck*, Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, en Festschrift für Miyazawa, 1995, pp. 363 ss.; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad en el Derecho español, 1976; *Arthur Kaufmann*, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, en Festschrift für Henkel, 1974, pp. 89 ss.; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 2ª ed., 1976; *el mismo*, Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, en JZ 1967, pp. 553 ss.; *el mismo*, Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz, en Festschrift für Lange, 1976; *Kim*, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1987; *Kindhäuser*, Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, en InDret 1/2009; *Klatt*, Die Wortlautgrenze, en Lerch (ed.) Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, 2005; *Klose*, Ius puniendi und Grundgesetz, en ZStW 86 (1974), pp. 33 ss.; *Krahl*, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *Kudlich*, Grundrechtsorientierte Auslegung im

Strafrecht, JZ 2003; *Kuhlen*, Strafbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?, en Wolter/Freund (coords.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996; *el mismo*, Der Zukunft des Strafrechts, en Neumann/Prittwitz (eds.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005; *el mismo*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006; *el mismo*, Das Grundgesetz als Herausforderung für Strafprozess und Strafrecht, 2006; *el mismo,* Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.) Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *el mismo***,** Zum Verhältnis vom Bestimmheitsgrundsatz und Analogieverbot, en Festschrift für H. Otto, 2007; *el mismo*, Unbestimmtheit und unbegrenzte Auslegung des Strafrechts?, en Murmann (ed.), Recht ohne Regeln?, 2011; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Landecho*, La tipificación lombrosiana de delincuentes, 2006; *Lang-Hinrichsen*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961), pp. 210 ss.; *Lardizábal y Uribe*, Discurso sobre las penas, REP, nº 174 (1966), pp. 627 ss.; *Lascuraín*, La proporcionalidad de la norma penal, en Cuadernos de derecho público (5) 1998; *el mismo*, Igualdad penal: un esbozo, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *el mismo*, ¿Vale la pena la reforma? Análisis desde los principios penales democráticos, en Valle/Bustos Rubio (coords.), La reforma penal de 2013, 2014; *Lascuraín/Rusconi* (dirs.), El principio de proporcionalidad penal, 2014; *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *Lopera Mesa*, Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, 2006; *la misma*, Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal, en Mir/Queralt (dirs.) Fernández Bautista (coord.), Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales, 2010; *López Gastón*, Reacciones penales innecesarias en un modelo de Derecho penal mínimo. Un estudio crítico sobre las disputas científicas en torno al Derecho penal sancionador, 2015; *Lüderssen (ed.)*, Modernes Strafrecht u. ultima-ratio-Prinzip, 1990, pp. 201 ss.; *Luquín*, Hacia un sitema penal legítimo, 2009; *Llompart*, ¿Es la estricta legalidad un principio del Derecho positivo?, en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 555 ss.; *Maiwald*, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 22 ss.; *Manso Porto*, Cuestiones paradójicas del principio de legalidad, en LH al Prof. G. Jakobs en su 70 aniversario, 2008; *Mantovani*, Principi de Diritto penal. 2ª ed., 2007; *Mapelli*, Principios fundamentales del sistema penitenciario español, 1983; *Maqueda*, Políticas de seguridad y Estado de Derecho, en A.A.V.V., *Serta in memoriam* Alexandri Baratta, 2004; *Marinucci/Dolcini*, Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad, RDPCr nº 9, 2002, pp. 147 ss.; *Martínez Pérez,* Principio de Precaución y Derecho Punitivo del Estado, 2014; *Martos*, El principio de intervención mínima, ADPCP 1987, pp. 99 ss.; *de la Mata Barranco*, El principio de proporcionalidad penal, 2007; *el mismo*, Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal, 2007; *el mismo*, Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal, en ADPCP, 2007; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 29 ss.); *el mismo*, Problemática de la pena y seguridad ciudadana, en RevJCat. 1981, pp. 179 ss. (=Sistema, 43-44 (1981), pp. 75 ss., y el mismo, El Derecho penal en el Estado...cit, pp. 115 ss.); *el mismo*, Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal, en el mismo, El Derecho penal en el Estado...cit, pp. 151 ss.; *el mismo*, Sobre el principio de culpabilidad..., en el mismo, El Derecho penal en el Estado...cit, pp. 171 ss.; *el mismo*, ¿Qué queda en pie de la resocialización?, en el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit., pp. 141 ss.; *el mismo,* Límites del normativismo en Derecho penal, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005 (= http://criminet.ugr.es/recpc/07); *el mismo*, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *el mismo*, Bases constitucionales del Derecho penal. 2011; *Montiel,* Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogia in bonam partem en el derecho penal, 2009*; el mismo* (ed.), La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, 2012; *el mismo*, Regulaciones de excepción y prohibición de analogía, en InDret, 3/2013; *Morillas Cueva*, Derecho penal e ideológico, en la obra colectiva «Derecho y Economía en la sociedad española actual» (UNED de Granada) 1978; *el mismo*, Aproximación teórica al principio de intervención mínima, Rev. Fac. Derecho Univ. Granada, nº 2 (1983), pp. 61 ss.; *Muñoz Conde*, El principio de culpabilidad, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago 1976, pp. 219 ss.; *el mismo*, Monismo y dualismo en el Derecho penal español, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos (XI), 1983, pp. 217 ss.; *el mismo*, De nuevo sobre

el Derecho penal del enemigo, Buenos Aires, 2005; *Musco*, La sucesión de las leyes penales en el tiempo, en RP (24) 2009; *Nino*, Los límites de la responsabilidad penal, Buenos Aires, 1980; *Navarro Frías*, Técnicas de destipificación en el Derecho penal moderno: el caso alemán de los ejemplos-regla, en RP (19) 2007; *la misma*, Mandato de determinación y tipicidad penal, 2010; *la misma*, El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios? InDret 2010; *la misma*, Técnica legislativa y derecho penal, en EPC (30) 2010; *Neumann*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip, en v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *el mismo*, Alternativen: keine. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, en Personale Rechtsgutslehre" und „Opferorientierung im Strafrecht", 2007; *Nieto Martín*, Derecho penal y constitución en la era del "global law", en Mir/Corcoy (dirs.) Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012; *Nowakowski*, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, en Festschrift für v. Weber, 1963, pp. 98 ss.; *Octavio de Toledo*, Sobre el concepto del Derecho penal, 1981; *Oliver Calderón*, Retroactividad e irretroactividad de las Leyes penales, Ed. Jurídica de Chile, 2007; *Ortiz de Urbina,* ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal, en Montiel (ed.) La crisis del principio de legalidad…, 2012; *Ostendorf*, Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, en ZRP, 1976, pp. 681 ss.; *Palazzo*, La legalidad y la determinación de la ley penal: El significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris, en RP (25) 2010; *Paliero*, Minima non curat praetor, 1985; *Paredes*, ¿Al otro lado del discurso jurídico-penal? Sobre las bases político-criminales de la "modernización" del derecho Penal, en RDPCr nº 17, 2006; *el mismo*, La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal, Eguzkilore, 2006; *el mismo*, La justificación de las Leyes Penales, 2013; *Pavarini,* Un arte abyecto, Buenos Aires 2006; *Pedreira González*, Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad, en ADPCP, 2008; *Pérez Cepeda*, De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal, en LH a la Profesora Díaz Pita, 2008; *Pérez Manzano*, Culpabilidad y prevención, 1990; *Pérez del Valle*, Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad, en InDret 4/2008; *Peters*, Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierung und Erziehungsvollzugs, en Festschrift für Heinitz, 1972, pp. 501 ss.; *Portilla Contreras*, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, CPC nº 39 (1989), pp. 723 ss.; *el mismo*, El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista, 2008; *Pozuelo*, De nuevo sobre la denominada "expansión" del Derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos, en *A.A.V.V.*, El funcionalismo en Derecho penal, LH al Prof. G. Jakobs, II, Bogotá 2003; *A. Queralt Jiménez*, La recepción constitucional del estándar europeo sobre garantías en el proceso penal, en Mir/Corcoy (dirs.) Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012; *Quintero Olivares*, Represión penal y Estado de Derecho, 1976; *el mismo*, Derecho Penal Constitucional, 2015; *Ragués i Vallès*, El "derecho penal del enemigo" en "La expansión del derecho penal", en Robles/Sánchez-Ostiz (coords.), La crisis del derecho penal contemporáneo, 2011; *Rando Casermeiro*, La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica; *Riggi*, Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley, 2010; *Robinson*, Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida, 2012; *Rodríguez Devesa*, Nullum crimen sine culpa en la reforma del CP, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 201 ss.; *Rodríguez Ferrández*, La ¿evaluación? de las normas penales en España, en RECPC (15) 2013; *Rodríguez Mesa*, Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación, en RECPC (9) 2007; *Rodríguez Montañés*, Expansión del Derecho penal y límites constitucionales, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Rodríguez Mourullo*, Principio de legalidad, en NEJ, XIV (1971); *Rodríguez Olivar*, Teoría constitucional del reproche penal. Programa de un Derecho penal constitucional, 2013; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, pp. 377 ss. (=el mismo, Problemas básicos de Derecho penal, trad. Luzón Peña, 1976, pp. 11 ss.); *el mismo*, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des AE, en Franz v. Liszt zum Gedächtnis, 1969, pp. 69 ss.; *el mismo*, ¿Qué queda en pie de la culpabilidad en Derecho penal?, CPC nº30 (1986), pp. 671 ss.; *Ruggiero, G.*, La succesione di leggi penali fra principio di specialità e teoria del bene giuridico, en Riv. Trimestrale di Diritto penale dell'economia, nº 1-2, 2004; *Ruiz Antón*, El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia, PJ nº especial VI, pp. 95 ss.; *Rusconi*, Las fronteras del poder penal, Buenos Aires 2005; *Sáinz Cantero*, Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español, en la obra colectiva «Derecho y Economía en la sociedad actual» (UNED de Granada), 1978; *Sánchez García*, El

principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal, La Ley, 1994-4, pp. 114 ss.; *Sánchez Lázaro,* Política criminal y técnica legislativa, 2007*; el mismo*, ¿Pronunciamiento inconstitucional del Tribunal Constitucional?, en InDret 3/2007; *el mismo*, Alarma social y Derecho penal, en InDret 1/2009; *el mismo*, Deconstruyendo la culpabilidad, RP 2010; *el mismo,* Mandato de determinación y consecuencia jurídica, RP 2011; *el mismo*, El principio de culpabilidad como mandado de optimización, InDret 4/2011; *el mismo*, Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal, InDret, 2013; *el mismo*, Un fantasma recorre Europa: hacia un discurso jurídico penal europeo, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Sánchez-Ostiz*, Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios, 2012; *el mismo*, Sobre la aspiración a un Derecho penal subsidiario: ¿en qué medida es posible la subsidiariedad de los instrumentos penales?, en CPC (111) 2013; *el mismo*, Los delitos de peligro. Propuestas para su legítima aplicación, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Sanz Hermida*, Aplicación transnacional de la prohibición del "bis in ídem" en la Unión Europea, en RP (21) 2008; *Sanz Morán*, Problemas de legitimación: tensión entre armonización legislativa y reconocimiento mutuo, en Mir/Corcoy (dirs.) Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012; *Sanz Mulas*, El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI. La urgencia de un Derecho Penal que haga frente a los nuevos problemas sin olvidar los "viejos" límites, en CPC (106) 2012; *Sarrabayrouse,* La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo, en Montiel (ed.) La crisis del principio de legalidad…, 2012; *Sax*, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953; *el mismo*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, III-2, 1959, pp. 992 ss.; *Scheffler*, Die Wortsinngrenze bei der Auslegung, JuS 1996, pp. 505 ss.; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2ª ed., 1971; *Schick*, Bestimmheitsgrudsatz und Analogieverbot, en Festschrift für R. Walter, 1991, pp. 625 ss.; *Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980), pp. 682 ss.; *Schreiber*, Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes «nullum crimen, nulla poena sine lege», 1976; *el mismo*, Vor dem Ende des Schuldstrafrechts, en Immenga (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980; *Schroeder*, Wörtliche Bedeutung und Äußerungsbedeutung von Tatbestandsmerkmalen in ihrer Relevanz für das strafrechtliche Analogieverbot, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en el mismo (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984; *el mismo*, Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.) Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Seher*, Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg, 2000; *el mismo*, Kann Strafrecht subsidiär sein? Aporien eines „unbestrittenen" Rechtsgrundsatzes, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, ¿Puede ser "subsidiario" el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico "indiscutido", en Robles (ed.es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Seelman*, La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena, en Robles (ed.es.), Límites al Derecho penal, 2012; *Serrano Gómez/Serrano Maíllo*, El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social, 2012; *Serrano Piedecasas*, Consecuencias de la crisis del Estado social, en A.A.V.V., *Serta in memoriam* Alexandri Bartta, 2004; *Sieber*, Límites del Derecho Penal, en RP (22) 2008; *Silva*, ¿Competencia «indirecta» de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?, en La Ley, 2 marzo 1993, pp. 1 ss.; *el mismo*, Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las «leyes en blanco», en Estudios penales y criminológicos, XVI, 1993, pp. 425 ss.; *el mismo*, La expansión del Derecho penal, 2ª ed., 2001 y Buenos Aires 2006; *el mismo*, Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae, en Cancio/Gómez-Jara (eds.) Derecho penal del enemigo, 2006; *el mismo*, Constitución europea, legalidad y derecho penal económico, en Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas [de] Derecho y Economía, 2006; *el mismo*, Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal, en Díaz y García/García Amado (coords.), Estudios de filosofía del derecho penal 2006; *el mismo*, Zur sogennanten teleologische Auslegung, en Festschrift für G. Jakobs, 2007; *el mismo*, La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales, en Persona y Derecho (Univ. Navarra), v. 56, 2007; *el mismo*, Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?, en Arroyo/Nieto/Muñoz de Morales (coords.), El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro, 2007; *el mismo*, ¿Nullum crimen sine

poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor", en Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, (29) 2008; *el mismo*, La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas, en LH al Prof. G. Jakobs en su 70 aniversario, 2008; *el mismo*, Herausforderungen eines expandierenden Strafrechts, GA, 6/2010; *el mismo*, Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal, en LH al Prof. Suárez Montes 2013; *el mismo*, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2013; *Silva/Baldó*, La teoría del delito en la obra de M. de Lardizábal, en Estudios de Derecho penal y Criminología, Libro-Homenaje a Rodríguez Devesa, 1989, pp. 345 ss.; *Stratenwerth*, Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen im Strafrecht, en SchwZStr. 82 (1966), pp. 337 ss.; *el mismo*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977 (=el mismo, El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad, 1980); *Stree*, Deliktfolgen und Grundgesetz, 1960; *Terradillos*, Peligrosidad social y Estado de Derecho, 1981; *el mismo*, Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo, 2011; *Thommen*, Toleranz & Antisocial Behaviour, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Tolerancia y comportamiento antisocial, en Robles (ed. es), Límites al Derecho penal, 2012); *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; *Urquizo Olaechea*, Límites al Derecho Penal, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Velásquez Velásquez*, Del funcionalismo normativista al Derecho penal de la integración, en RGDP (9) 2008; el mismo, ¿Principio de legalidad o principio de ilegalidad?, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Vervaele*, Ne bis in ídem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?, en InDret 1/2014; *Vidaurri Aréchiga*, Notas básicas en torno a la potestad tipificadora del legislador penal, en LH a la Profesora Díaz Pita, 2008; *Vives*, Presupuestos constitucionales..., en Boix/Rodríguez María/Vives (ed.), Problemática jurídica y físico-social de las drogas, 1987, pp. 245 ss.; *el mismo*, Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal, en Díaz y García/García Amado (coords.), Estudios de filosofía del derecho penal, 2006; *Woesner*, Generalklauseln und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW 1963, pp. 273 ss.; *Wohlers*, Strafrecht als ultima ratio - tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Derecho penal como ultima ratio. ¿Principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?, en Robles (ed. es), Límites al Derecho penal, 2012); *Wolter*, Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem, NStZ 1993, pp. 1 ss.; *Yacobucci*, El sentido de los principios penales, 2014; *Zaczyk*, Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho, trad. de Perdomo y Picasso, 2005; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2ª ed., 1980; *el mismo*, Introducción a la Política criminal, trad. Izquierdo, 1979.

Vid. además la bibliografía de la Lección anterior.

Al decidir la cuestión de la función que corresponde al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho como el que acoge nuestra Constitución, se señaló que este modelo de Estado impone una **función de prevención limitada**. Fuera de determinados límites la prevención penal perderá su legitimación en aquel contexto político. Importa en esta lección examinar en detalle los límites mencionados. Al hacerlo será útil contemplar el Derecho penal en su **sentido subjetivo** de facultad punitiva que corresponde al Estado, esto es, como ***Ius puniendi***. Vamos a preguntar, en efecto, dentro de qué límites puede un Estado social y democrático de Derecho ejercer legítimamente su potestad punitiva, dentro de qué límites es legítimo el recurso al *Ius puniendi*. Se trata de una perspectiva de Política criminal independiente del grado de su efectiva realización por parte del Derecho penal vigente. La comprobación de la medida en que el Derecho español respeta los límites deseables podrá adelantarse en algún caso en lo que sigue, pero en general requiere el conocimiento de todo nuestro Derecho. **1**

I. El Estado social y democrático de Derecho como fundamento del *Ius Puniendi* y sus límites

2 El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas. Aquí partiremos de la concepción del Estado social y democrático de Derecho, hoy ampliamente aceptada en nuestra área de cultura y acogida en el art. 1.1, de la Constitución española. Los tres componentes de dicha fórmula servirán de base a los distintos límites que a nuestro juicio deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva.[1]

3 El principio de **Estado de Derecho** impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*. La idea del **Estado social** sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del **Estado democrático** obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*.

4 Los distintos aspectos señalados de la fórmula sintética de «Estado social y democrático de Derecho» se hallan estrechamente relacionados, de suerte que algunos de los límites que estudiaremos podrían fundarse en más de uno de estos aspectos. Hemos elegido, entonces, el fundamento que nos ha parecido más significativo, según una valoración evidentemente opinable.

II. El principio de legalidad como exigencia del Estado de Derecho

1. *Origen y sentido político*

5 El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo ***nullum crimen, nulla poena sine lege***, procedente, pese a su formulación latina, de Feuerbach,[2] quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791).

6 Los **antecedentes** anteriores a la Ilustración que pueden mencionarse —principalmente la *Magna Charta Libertatum* inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215, y la *Constitutio Criminalis*

1. Acoge este planteamiento Luzón, Curso, pp. 79 s.

2. *Vid.* A. von Feuerbach, Lehrbuch, § 23 (la 1ª ed. apareció en 1801). Pero debe advertirse que literalmente Feuerbach no se refirió a la componente «*nullum crimen sine lege*», por mucho que se incluía en su pensamiento: cfr. Jescheck, Lehrbuch, 2ª ed., p. 104; Cattaneo, Feuerbach, pp. 446 ss.

Carolina germánica, de 1532— no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Así, la *Magna Charta* inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal,[3] y la Carolina no prohibía la analogía contra reo.[4] Pero, sobre todo, el actual significado político inspirador del principio de legalidad diverge del que poseían los anteriores a la Ilustración. Sólo a partir de la ideología liberal impulsada por ésta y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución francesa, aquel principio se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano.[5] Sólo desde entonces el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es, como dijo Mezger, «un *Palladium* de la libertad ciudadana».[6]

7 En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la **teoría ilustrada del contrato social** y presuponía una organización política basada en la *división de poderes*, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto —contrato social— en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular.

8 Beccaria, que trasladó más que nadie el espíritu de la Ilustración al Derecho penal, escribía: «...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad». Los jueces no pueden, consiguientemente, «aumentar la pena establecida» por las leyes, ni siquiera «bajo pretexto de celo o de bien público».[7]

9 El principio de legalidad no es sólo, entonces, una **exigencia de seguridad jurídica**, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la **garantía política** de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.[8]

---

3. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 165. Sin embargo, todo ello es discutible: cfr. sobre el problema Rodríguez Mourullo, Principio de legalidad, pp. 883 ss.; Sáinz Cantero, Lecciones, p. 326; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 68.

4. Cfr. Bohne, Lehmann-Festschrift, pp. 80 ss.; Mezger, Tratado, I, p. 141; Maurach, Tratado, I, p. 114.

5. Aunque con anterioridad se había ya acogido en Estados Unidos, en las Constituciones de Filadelfia, de 1774, de Virginia, de 1776, y de Maryland, de 1776. Cfr. Rodríguez Devesa, PG p. 164; Jescheck, Lb. 2ª ed., p. 104. Jiménez de Asúa, Tratado II, p. 387, coincide, sin embargo en entender que «fue en la Declaración francesa del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, donde adquiere universalidad, como Hipólito Taine observa...».

6. Cfr. Mezger, Tratado, I, p. 140.

7. Cfr. Beccaria, De los delitos, pp. 29 ss. *Vid.* también sobre el fundamento del Derecho penal en el contrato social, *ibidem*, pp. 27 y 29. En términos parecidos se expresaba entre nosotros en el s. XVIII Lardizábal, Discurso, cap. II, nos 32-34. Cfr. Silva/Baldó, Teoría, pp. 353 ss.

8. Cfr., en un sentido próximo, Arroyo, Principio de legalidad, pp. 12 ss.

10 Así entendido, el postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege* pasó a inspirar las legislaciones «de todos los países cultos».[9] Las Constituciones y Códigos penales españoles —ya el de 1822— siguieron este camino, y desde el Código de 1848 el principio de legalidad se formula de modo básicamente coincidente hasta el Código vigente. La Constitución de 1978 no sólo acogió, sino que amplió las exigencias del principio de legalidad. Pero antes de examinar la regulación vigente conviene concretar los distintos aspectos y exigencias del principio de legalidad.

2. *Garantías del principio de legalidad*

11 A) Por una parte, se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad: una garantía *criminal*, una garantía *penal*, una garantía *jurisdiccional o judicial*, y una garantía *de ejecución*. La **garantía criminal** exige que el delito (=crimen) se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). La **garantía penal** requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*). La **garantía jurisdiccional** exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial[10] y según un procedimiento legalmente establecido. La **garantía de ejecución** requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las *medidas de seguridad* y sus presupuestos.

12 B) Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex praevia, lex scripta y lex stricta*.[11]

13 a) Con la exigencia de una ***lex praevia*** se expresa la **prohibición de retroactividad** de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena.

---

9. Cfr., con amplias referencias, Jiménez de Asúa, Tratado, II, pp. 388 ss.; Naucke, Strafrecht, 9ª ed., 2/1 y ss. No obstante, la Unión Soviética tras la Revolución de 1917, y hasta 1958-60, y la Alemania de Hitler, renunciaron a las exigencias del principio de legalidad: cfr. Sáinz Cantero, Lecciones, pp. 328 ss.; Landrove, Introducción, p. 86, haciendo referencia a la proclamación del principio de legalidad en la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948 y en otras convenciones internacionales.

10. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 78, 80, exigen «un juicio formal ante sus jueces naturales».

11. Cfr. SSTC 133/1987, 75/2002.

14 La retroactividad de la **ley penal más favorable** para el reo no infringe el sentido *limitador* de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. El sujeto podría contar, cuando actuó, con una determinada pena y, sin embargo, la aplicación retroactiva de la ley posterior le deja sin castigo o le disminuye la pena. De ahí que esta clase de retroactividad favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad. Siendo así, resultaría inadmisible seguir aplicando la ley anterior más desfavorable para el reo cuando, ya derogada, ha dejado de considerarse *necesaria* para la protección de la sociedad.

15 b) Con la exigencia de una ***lex scripta*** queda, desde luego, **excluida la costumbre** como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga **rango de ley** emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad. Quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como Decretos, Órdenes Ministeriales, etc.

16 c) El tercer requisito, de ***lex stricta***, impone un cierto grado de **precisión** de la ley penal y **excluye la analogía** en cuanto perjudique al reo (*analogía in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado **«mandato de determinación»**, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto *material* del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas.[12] El «mandato de determinación» se concreta en la teoría del delito a través de la **exigencia de tipicidad** del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto **legalismo** que limite el por otra parte necesario *arbitrio judicial*.

17 El «mandato de determinación» plantea especiales problemas en relación con las **medidas de seguridad**, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (**exclusión de las medidas predelictuales**) y, por otra parte, señalar **límites máximos** a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho.[13]

---

12. *Vid.* las obras de Class, Engisch, Lemmel y Woesner cit. en la bibliografía. Ver también STS 21 oct. 97 y SSTC 116/1993, 142/1999, 127/2001.

13. Cfr. por todos Jorge Barreiro, Medidas, pp. 133 ss.; Terradillos, Peligrosidad, pp. 181 ss.; Muñoz Conde, Derecho penal y control social, p. 54; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 432 s. (*Vid.* también art. 6 CP).

3. *El principio de legalidad en el Derecho español*

Bibliografía

Arroyo, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en Rev. esp. Der. const., 1983, pp. 9 ss.; *Baldó*, La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho, ADPCP 1996; *Boix Reig*, El principio de legalidad en la Constitución, en el libro colec. Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal (Univ. Deusto) 1983, pp. 52 ss.; *Bustos*, Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria, en el libro colec. Las fuentes del Derecho (Univ. Barcelona) 1983, pp. 99 ss.; *Cobo del Rosal/Boix Reig*, en Comentarios a la legislación penal, dirig. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 192 ss.; *Córdoba*, Principio de legalidad penal y Constitución, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 79 ss.; *Cuerda Riezu*, Garantías constitucionales y garantías legales con respaldo constitucional en derecho penal: consecuencias para la retroactividad favorable, en ADPCP, 2012; *Díez Ripollés*, El control de constitucionalidad de las leyes penales, en Rev. Española de Dª Constitucional, nº 75, 2005; *García Valdés*, Comentarios a la legislación penitenciaria, 1982; *Gil Gil*, La excepción al principio de legalidad del número 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en ADPCP, 2010; *Gimbernat*, Constitución y Derecho penal, en La Constitución española. Un análisis comparado, Roma 1981; *el mismo*, Estado de derecho y Ley penal, La Ley, 2009; *Gimeno Sendra*, en Comentarios a la legislación penal, dirig. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 155 ss.; *González Cussac*, La generalización del Derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad , en CGPJ, 2008; *Guardiola*, Correción de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal, en La Ley Penal, nº 10, dic. 2004; *Huerta Tocildo*, El derecho fundamental a la legalidad penal, en Revista española de Derecho constitucional, nº 39 (1993), pp. 81 ss.; *la misma*, El principio de legalidad, en Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, 2000, pp. 11 ss.; *Iglesias Río*, Algunas reflexiones sobre retroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del CP, en Rev. Jur. Castilla y León, nº 6, 2005; *Iñigo/Ruiz de Erenchun,* Los acuerdos de la Sala Penal del TS: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007), 2007; *Lamarca*, Legalidad penal y reserva de leyes en la Constitución española, en RED, 1987; *Landa Gorostiza*, Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH, en InDret 4/2012; *Lascuraín*, Sólo penas legales, precisas y previas: El derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional, 2009; *el mismo*, ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional, en InDret 3/2012; *Madrid Conesa*, La legalidad del delito, 1983; *Mata Martín*, Infracciones penales y administrativas por el uso no autorizado de denominaciones de origen: el principio non bis in ídem, Diario La Ley, 2008; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 29 ss.); *el mismo*, Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto pasivo del delito de bigamia, en La Ley, 17 julio 1986, pp. 1 ss.; *Mestre*, El Derecho penal de la unidad europea, en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 575 ss.; *Muñiz Vega*, Los bandos militares en el Derecho vigente, ADPCP 1987, pp. 191 ss.; *Octavio de Toledo*, Sobre el concepto de Derecho penal, 1981; *Peces Barba/Prieto Sanchís*, La Constitución española de 1978, 1981; *Pérez Manzano*, La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem, 2002; *Queralt Jiménez*, Derecho a la legalidad penal y recurso de casación: la apropiación indebida como ejemplo. A propósito de la STS 11-9-2007, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Rodríguez Devesa*, Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal, en Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez-Vitoria, 1983, pp. 835 ss.; *Rodríguez Horcajo*, Nulla poena sine lege y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Del Río Prada c. España (21/10/2013), en ADPCP, 2013; *Rodríguez Mourullo*, Principio de legalidad, en NEJ, XIV, 1971; *Rodríguez Ramos*, Reserva de ley orgánica para las normas penales, en Comentarios a la legislación penal, dirig. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 299 ss.; *Serrano Alberca*, Comentario al art. 25 de la Constitución, en Garrido Falla y otros, Comentarios a la Constitución, 1980; *Vives Antón*, en Comentarios a la legislación penal, dirig. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 14 ss.

18 El principio de legalidad de la ley penal se halla regulado en la Constitución y en el Código penal.

19 A) La **Constitución** se refiere expresamente al principio de legalidad del Derecho penal en su art. 25, 1: «Nadie puede ser condenado o sancionado

por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Pero este precepto no recoge todas las exigencias del principio de legalidad, sino sólo la garantía *criminal* y la exigencia de *irretroactividad* de las leyes que establecen delitos. La garantía *penal* —única que impide la agravación de la pena con posterioridad a la comisión del delito— resulta comprendida en la prohibición general de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas que establece el art. 9, 3 Const. Pero ni el art. 25, 1 ni el 9, 3 Const. precisan el rango que debe tener la ley anterior, ni *expresan* las garantías penal, judicial y de ejecución, así como tampoco aluden al «mandato de determinación».[14] Por último, al menos literalmente, quedan fuera del art. 25, 1, las medidas de seguridad.[15]

20 a) En cuanto al **rango de la norma anterior**, no puede considerarse determinado por el término «legislación vigente», que es genérico y comprende al conjunto de todas las normas estatales. Que «legislación» no puede interpretarse en el sentido estricto de «leyes» aprobadas por el Parlamento se deduce no sólo del uso genérico que es corriente en aquel término, sino también del contexto del art. 25, que incluye a las infracciones administrativas: no cabe pensar que se excluya la posibilidad, ampliamente existente en nuestro Derecho, de establecer infracciones y sanciones administrativas mediante disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo.[16]

21 La discusión parlamentaria del art. 25 Const., confirma esta interpretación. En el Senado se aprobó una enmienda socialista que requería que el delito, falta o sanción administrativa se hallasen previstos por la «ley vigente». No obstante, la Comisión Mixta rechazó la enmienda y adoptó la fórmula actual («legislación vigente»), a conciencia, pues, de que no coincidía con la de «ley vigente».[17]

---

14. Cfr. Luzón, Curso, p. 181. Sin embargo, el TC ha proclamado esta última exigencia de determinación: cfr. p. ej. las SSTC 12 dic. 86 y sobre todo 21 jul. 87. También SSTC 142/1999, de 22 jul., 199/1999, de 27 jul., y 127/2001, de 4 jun.

15. Sin embargo, algún autor considera que las medidas de seguridad tienen un contenido material privativo de derechos que permite ver su imposición como una «condena»: así Vives, Presupuestos, p. 261. Ello conduciría a afirmar la inconstitucionalidad de las medidas predelictuales, por no exigir un delito o infracción administrativa, como requiere el art. 25, 1 Const. *Vid. supra*, Lección 1, IV 2. Incluye también las medidas de seguridad en el art. 25, 1 Const. Bustos/Hormazábal, PG, p. 85.

16. Cfr. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 75 ss.; Cobo/Boix, en Cobo (dtr.), Comentarios, I, p. 47. Entiende, en cambio, «legislación» como «ley en sentido amplio» (permitiendo la ley penal en blanco, el decreto ley y la legislación delegada) Bustos, Fuentes, pp. 105, 112.

17. Cfr. Cobo/Boix, *op. cit.*, p. 196; Muñoz Conde, Adiciones, p. 181; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 107 ss. Arroyo, Principio de legalidad, pp. 24 ss., entiende, sin embargo, que el término «legislación», en sí mismo amplio, puede y debe concretarse poniéndolo en relación con la exigencia de ley orgánica del art. 81 de la Const. La STC 23 febr. 84 (n.º 25) declara que «la legislación» en materia penal o punitiva se traduce en la «reserva absoluta —de ley— pero no argumenta por qué ello sucede en materia penal, aunque si sólo tiene lugar en esta materia no parece que se base en la sola palabra «legislación».

22 Sin embargo, puede entenderse que el art. 81 de la Constitución viene a asegurar el rango de **«ley orgánica»** —y no sólo de ley formal— para el establecimiento de, por lo menos, la mayoría de penas. El art. 81 no se refiere expresamente al Derecho penal, pero alcanza a éste su declaración de que «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...».[18] Según el art. 81, II, «la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

23 Los «derechos fundamentales y libertades públicas» a que se refiere el art. 81 son los previstos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, como indica la rúbrica literalmente coincidente de dicha Sección.[19] El Derecho penal afecta casi siempre a tales derechos y libertades en forma directa. Ello es evidente cuando se trata de **penas o medidas de seguridad privativas de libertad** (que afectan al derecho de la libertad: art. 17 de la Const.).[20]

24 También debe admitirse respecto a las **penas de multa**, pues aunque la propiedad no cuenta entre aquellos derechos,[21] el impago de la multa lleva acarreado un arresto sustitutorio privativo de libertad.[22] Del mismo modo, la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos limita directamente el derecho fundamental a la libre elección de residencia y circulación dentro del territorio nacional (art. 19, I Const.). La **pena de inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo,** así como la de **inhabilitación absoluta**, que implica a aquélla, afectan al derecho (también incluido entre los fundamentales de la Sección 1ª, art. 23, I Const.) a participar en la vida pública. Igualmente puede entenderse que limitan el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23, II Const.) las **penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos**.

25 Se ha sostenido que la exigencia de ley orgánica que se desprende del art. 81, Const. no alcanza sólo a los casos enunciados, sino a *toda* ley penal, cualquiera que sea la clase de pena que establezca, por entender que en cualquier caso afectaría en general al *honor* del condenado.[23] Ciertamente el honor constituye un derecho fundamental de la Sección 1ª del Cap. 2º

---

18. Aunque ello se ha discutido, las leyes penales afectan al «desarrollo» de derechos por el solo hecho de limitarlos: así Arroyo, *op. cit.*, pp. 28 ss. En el mismo sentido, con toda claridad, las SSTC 11 nov. 86, 12 dic. 86 y 16 dic. 86, que declaran la inconstitucionalidad del art. 7, 1, de la Ley de Control de Cambios de 10 dic. 79 porque preveía penas privativas de libertad.

19. Cfr. con más argumentos Peces Barba/Prieto Sanchís, Constitución española, p. 1129.

20. Ver en este sentido expresamente las SSTC 11 nov., 12 dic. y 16 dic. 86.

21. El derecho a la propiedad no se halla previsto en la Sec. 1ª, sino en la Sec. 2ª del Cap. II del Tít. I de la Const. (art. 33).

22. Sostiene lo contrario Cerezo, PG, I, pp. 152 s. Sí lo acepta Boix, Principio de legalidad, pp. 63 y 67. Sin embargo, la STC 13 febr. 87 denegó el amparo por imposición de una multa prevista por una ley no orgánica (la de Control de Cambios de 10 dic. 79). Ello, referido al caso concreto de una multa ya impuesta, es diferente de la cuestión de si una nueva ley no orgánica puede prever con carácter general multas con la posibilidad de arresto sustitutorio. Ver también la STC 14 jul. 87.

23. Así Cobo/Vives, PG (ed. 1984), p. 75. También, con más argumentos, Boix, Principio de legalidad, pp. 64 ss.; Carbonell, Justificación, p. 112; Arroyo, Principio de legalidad, pp. 26 ss. También exigen ley orgánica con carácter general: Muñoz Conde, Adiciones T p. 159; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 109 ss.; Octavio de Toledo, Concepto, p. 318 nota 917; Rodríguez Ramos, Comentarios I,

del Título I de la Constitución, pero es discutible que toda pena deba concebirse como un ataque al honor del penado. Estimo preferible probar para cada clase de pena si afecta a algún derecho fundamental específico.[24] Es dudoso que ello pueda afirmarse de las penas de **inhabilitación especial para profesión u oficio, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.** Más evidente es que las **medidas de seguridad** no implican ningún ataque al honor, por lo que habrá que comprobar para cada una de ellas si afectan directamente a algún derecho fundamental cuya regulación requiera ley orgánica. Algo parecido puede decirse de las «consecuencias accesorias» (arts. 127 ss. CP).

26 Las penas o medidas de seguridad que no limiten derechos fundamentales de aquella clase deberán ser establecidas por una **«ley» en sentido estricto**, aunque **ordinaria**, si afecta a algún otro derecho del Capítulo 2º del Título I de la Constitución. Así lo impone el artículo 53, I Const.[25] Estas materias pueden ser objeto de **delegación legislativa** según el art. 82 Const., a diferencia de lo que ocurre con las penas y medidas que requieren una ley orgánica (así lo impide el propio art. 82, I, Const.). En cambio ni una ni otra clase de materias pueden ser reguladas por **Decreto-ley**, que no se permite para ningún derecho del Título I (art. 86 Const.).[26]

27 No pueden crear Derecho penal las **leyes de las Comunidades Autónomas**, porque el Derecho penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149, I, 6º Const.).[27]

28 Se discute la constitucionalidad de las **leyes penales en blanco** que remiten a normas de rango inferior.[28] Inadmisible desde el punto de vista constitucional es esta técnica de la ley penal en blanco cuando la ley penal renuncia por

pp. 299 ss.; Gimbernat, Constitución, p. 95. Por el contrario, Rodríguez Devesa, PG p. 171 y en Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 836 ss., rechaza con carácter general la necesidad de ley orgánica.

24. Ésta es la vía seguida por el TC: S. 13 febr. 87. A favor también Luzón, Curso, pp. 140 s. En orden a la cuestión aquí contemplada de la necesidad o no de ley orgánica, es irrelevante, en cambio, que el bien jurídico protegido por la ley penal se halle o no constituido por un derecho fundamental de la Sec. 1ª del Cap. 2º del Título I de la Const. (contra lo que opinan Cerezo, PG, I, p. 152, y Luzón, Curso, p. 141), pues la ley penal no limita tales bienes jurídicos, ni regula o modifica las condiciones de su existencia, sino que únicamente los tutela.

25. Ver la STC 12 dic. 86, que declara que tanto el art. 53, I, como el art. 17, I Const. «llevan a concluir que en materia penal y punitiva existe una reserva absoluta de Ley».

26. Cfr. por todos Gimbernat, Introducción, p. 23.

27. Cfr. Landrove, Introducción, p. 89; Silva, La Ley, 2 marzo 93, pp. 1 ss., admitiendo, sin embargo, que normas autonómicas puedan afectar indirectamente al contenido de las leyes penales en blanco o que contienen elementos normativos jurídicos del tipo definidos fuera de la ley penal (pp. 6 ss.), y que puedan crear causas de justificación (pp. 8 s.).

28. En contra de su constitucionalidad Cobo/Boix, en Cobo (dtor.), Comentarios, I, pp. 199 s. A favor, Cerezo, PG, I, p. 156; SSTC 122/1987 y 127/1990, 62/1994; y SSTS 442/2000 de 13 mar., 1664/2002 de 28 mar. 2003, 369/2003 de 15 mar., 363/2006 de 28 mar., 378/2006 de 31 mar., bajo ciertos requisitos. La admite, pero señala la tensión en que se hallan con el principio de legalidad, Prats Canut, en Quintero/Morales/Prats, PG, p. 37.

completo a limitar de algún modo la remisión.[29] Ello ocurre en el caso del art. 63 CP Militar, que castiga toda desobediencia o incumplimiento de los **bandos militares** dictados por las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio, aunque sea con la exigencia de que se produzcan «de conformidad con las leyes y la Constitución».[30] Esta última salvedad no puede querer expresar la imposibilidad de que los bandos contengan prohibiciones distintas a las amparadas por ley orgánica, pues ello haría inútiles los bandos militares.

29 b) La **garantía jurisdiccional** puede verse en parte tutelada en el art. 24, II Const.: «todos tienen derecho al *Juez ordinario predeterminado por la ley*, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». Aunque no se exige que todos estos extremos no subrayados se regulen por una ley, deberán serlo —como también la determinación del Juez— por una **ley orgánica**, por tratarse de derechos fundamentales de la Sección 1ª, Cap. 2º , Tít. I Const.[31]

30 c) La **garantía de ejecución** se especifica sólo respecto al cumplimiento de las penas privativas de libertad, y en forma algo indirecta, por el art. 25, 2 Const. Sin embargo, se ha afirmado que, afectando la privación de libertad a un derecho fundamental de la Sección 1ª, Cap. 2º, Tít. I Const., la ejecución de las penas o medidas que la comporten debe efectuarse por **ley orgánica** según el art. 81 Const.[32]

31 B) El **Código penal** proclama el principio de legalidad a través de varios preceptos:

32 a) En el art. 1 se formula la **garantía criminal**: «1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por Ley anterior a su perpetración.— 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley».

33 b) El art. 2 CP confirma la **garantía penal**: «1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de

---

29. Así Bajo, en Cobo (dtr.), Comentarios, IV, p. 51. El TC exige que la ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza (mandato de determinación): STC 127/1990, de 5 julio y STC 62/1994, de 28 febrero; así también STS 18 marzo 1997. De acuerdo, pero subrayando que la técnica de la ley penal en blanco sólo es admisible en caso de absoluta necesidad, Luzón, Curso, pp. 150 ss.

30. Cfr. Muñoz Vega, ADPCP 1987, pp. 197 ss.

31. Respecto a la determinación del juez cfr. Gimeno Sendra, *op. cit.*, pp. 158 ss.

32. Así García Valdés, Comentarios, p. 18.

seguridad.». También se precisa aquí el **principio de irretroactividad**. El nº 2 del mismo artículo consagra, a su vez, la *excepción* del principio: «No obstante, tendrán **efecto retroactivo** aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo la condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo».[33]

34 El art. 2, 2 CP no puede considerarse contrario a la prohibición de retroactividad de las leyes penales formulada por el art. 25 de la Constitución. Por de pronto, este precepto sólo prohíbe castigar un hecho que no constituyera *delito* en el momento de producirse, por lo que no se refiere a la posibilidad de que con posterioridad se aumente o disminuya la pena del delito anterior. Tampoco se opone a que en virtud de una ley posterior se deje sin castigo al que realizó un hecho que constituía delito en el momento de su realización. Por otra parte, el art. 2, 2 CP tampoco vulnera el art. 9, 3º Const., que prohíbe sólo la retroactividad de las leyes sancionadoras no favorables.[34]

35 La **retroactividad** de las leyes penales más favorables plantea varias cuestiones. No son **«leyes penales»** las normas reguladoras de la **responsabilidad civil**, de naturaleza civil. Problemas especiales suscitan las **leyes procesales penales**, que siguen el principio *«tempus regit actum»* (los actos procesales se rigen por las normas vigentes en el momento en que deben producirse tales actos: art. 2, 3 CC). Ello puede suponer una aplicación «retroactiva» en el sentido de que, si se modifica alguna ley procesal penal con posterioridad a la comisión del delito que ha de enjuiciarse, en principio deberá aplicarse la nueva normativa (la que rige al tiempo de los actos procesales a realizar). Pero ello ha de encontrar el límite de que las **normas procesales que restrinjan el contenido de derechos y garantías** del ciudadano no pueden ser retroactivas. Éste es el caso de las reformas que alarguen los plazos de la **prisión preventiva**, institución procesal que, no obstante, afecta al derecho a la libertad.[35]

36 ¿Alcanza la retroactividad a la **ley intermedia más favorable**? Concurre una ley intermedia más favorable cuando, además de la ley que regía en el momento del hecho y la que está en vigor al tiempo de su enjuiciamiento, existe otra ley —u otras leyes— que rigió entre ambas y que es más favorable que las otras dos. La opinión dominante admite la retroactividad de esta clase

---

33. Según el TC, la retroactividad de la ley penal más favorable supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidos aquellos aspectos concretos que puedan resultar perjudiciales (STC 75/2002).

34. Cfr. Cobo/Boix, *op. cit.*, p. 205; Cerezo, PG, I, p. 177.

35. Cfr. Mir Puig, La Ley, 17 julio 1986, pp. 1 ss.; Cobo/Vives, PG, pp. 187 ss.; Rodríguez Ramos, La Ley, 1987-2, pp. 1078 ss.; Luzón, Curso, p. 193. *Vid.* la STC 32/1987, de 12 marzo, en CPC nº 35 (1988), pp. 529 ss. El TS ha declarado que el principio de retroactividad no es aplicable a cambios jurisprudenciales más beneficiosos para el reo: SSTS 5 abr. 2002; 306/2005 de 8 mar., 404/2005 de 25 mar. Por el contrario, la SAP Asturias 246/2004 de 22 jul. admite la aplicación retroactiva de leyes procesales cuando tengan indudables consecuencias penales.

de leyes.[36] Éstas crean durante su vigencia unas expectativas de impunidad o trato más favorable cuya frustración mediante la aplicación de una ley posterior (STS 2030/2001 de 31 oct.) más desfavorable afectaría a la *seguridad jurídica*. Así, por ejemplo, el que ya no podía ser perseguido por un hecho que dejó de ser delito, se vería sorprendido en sus expectativas si se le volviese a perseguir en base a una ley posterior. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, si el sujeto hubiera sido juzgado durante la vigencia de la ley intermedia, habría sido objeto del trato más favorable de ésta y ya no podría empeorar su situación por una ley posterior. ¿Por qué el sujeto que es juzgado después —tal vez no por su culpa— ha de ser de peor condición que el que fue enjuiciado antes bajo la ley más favorable?

37 Se discute en la doctrina si el régimen general de retroactividad de las leyes penales más favorables debe mantenerse o no cuando ello determine la inaplicación de una **ley temporal más severa**.[37] Son leyes temporales las dictadas por un plazo previamente determinado, y se llaman **«de excepción»** cuando obedecen a circunstancias excepcionales (guerra, desórdenes interiores, catástrofes), cuya duración se calcula limitada. Como tales leyes pueden ser de breve vigencia, la aplicación retroactiva de la norma posterior —normalmente el régimen ordinario más favorable— comprometería la eficacia preventivo-general de aquéllas, que apenas habría tiempo de aplicar (calcúlese el tiempo necesario para averiguar los hechos, descubrir a los culpables, llevar a término las actuaciones procesales conducentes a la sentencia y cumplir la condena —pues hasta su término opera la retroactividad—). Por otra parte, el transcurso del plazo de vigencia de las leyes temporales, previamente fijado, *no supone necesariamente un cambio de criterio* que haga aparecer como inadecuadas ya las penas señaladas por dichas leyes para quienes las infringieron durante su vigencia. En tales casos puede resultar preferible negar la retroactividad de la legislación ordinaria posterior. El último inciso del art. 2, 2 CP ha venido a acoger este criterio: «Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

38 c) La **garantía jurisdiccional** se halla recogida por el art. 3, 1 CP: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.» El art. 1 LECr declara: «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente».

---

36. Cfr., por todos, Luzón, Curso, p. 188.
37. *Vid.* Silva, Legislación, pp. 442 ss.

d) El art. 3, 2 CP se refiere a la **garantía de ejecución** al establecer que «tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes». **39**

4. *La prohibición de analogía*

Un aspecto particular del principio de legalidad que merece atención especial es la **prohibición de la analogía *contra reo***. Frente a ésta, siempre se considera lícita aquella aplicación de la ley penal que no desborda los límites que permiten su interpretación. La **diferencia entre interpretación** (siempre permitida si es razonable y compatible con los valores constitucionales) **y analogía** (prohibida si perjudica al reo) es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su *«sentido literal posible»*, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal.[38] **40**

Ejemplo: El art. 23 CP considera circunstancia que puede agravar o atenuar la pena ser el agraviado ascendiente por naturaleza, por adopción o afinidad. Sería una aplicación de este precepto por analogía —prohibida por ser contra reo— extenderlo al que matare a quien le ha acogido en su casa desde pequeño *como a un hijo*. Existe aquí analogía, que desborda el marco de la interpretación porque la mencionada relación no tiene cabida en ninguno de los sentidos literales posibles de la expresión «ascendiente por naturaleza, por adopción o afinidad». En cambio, basta la interpretación del término «descendiente» que emplea el mismo art. 23 CP para incluir en él al que mata a su nieto, porque éste es uno de los sentidos posibles de aquel término. **41**

La **interpretación** es lícita aunque resulte **extensiva** de delitos o penas[39] —salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas **42**

38. Cfr. en este sentido Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, trad. de la 4ª ed. alemana por Rodríguez Molinero, 1994, pp. 318, 341; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, pp. 467 ss., considerando que el criterio del «sentido literal posible» es el manejado por la doc. dom. En el texto nos referimos a la *analogia legis.* La *analogia iuris* se diferencia de ella en que no es aplicación de un solo precepto determinado, sino del *principio* que inspira a un *conjunto* de preceptos, cada uno de los cuales se refiere a casos ni siquiera análogos al enjuiciado, pero cuya *ratio* común alcanza al mismo: cfr. Larenz, *op. cit.*, pp. 377 ss. En Derecho penal ambas clases de analogía deben tratarse del mismo modo, esto es, según sean favorables o contrarias al reo. Lo mismo vale también para la «reducción teleológica», que supone la *no aplicación* de un precepto a casos que integran su *esfera nuclear* de significado pero que son análogos a otros no comprendidos en ella y, como éstos, ajenos a la *ratio legis*: cfr. Larenz, *op. cit.*, pp. 385 ss.; Baldó, ADPCP 1996.

39. De acuerdo Baldó, ADPCP 1996. En contra, en cambio, de la admisibilidad de la interpretación extensiva, que no ve posible diferenciar estructuralmente de la analogía, Bacigalupo, Anuario de derechos humanos, 2 (1983), pp. 28 ss.

valorativas constitucionales, en cuyo caso el Tribunal Constitucional la rechaza (así SSTC 142/1999, 127/2001, entre otras; también las SSTS 1599/2000 de 20 oct., 1617/2000 de 24 oct., 87/2001 de 29 en., 1506/2001 de 20 jul., 1712/2002 de 21 oct.)—. Con esta salvedad, la interpretación extensiva no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque *toda* interpretación admisible se mueve dentro de este límite (el «sentido literal posible»). En cambio, como la analogía traspasa esta frontera no será admisible si perjudica al reo (**analogía in malam partem**). Cuando favorezca al reo (**analogía in bonam partem**) no chocará, en cambio, con el sentido de límite garantizador que posee el texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio.

43 Así lo entiende la doctrina alemana y un sector de la española.[40] En contra, se ha alegado el tenor del art. 2, II del anterior CP (coincidente en este punto con el actual art. 4, 3 CP) como contrario a la analogía *in bonam partem*, en cuanto obliga al Tribunal a una «aplicación rigurosa de las disposiciones de la ley», aunque ello perjudique al reo excesivamente a juicio de aquél.[41] Sin embargo, también la analogía es una forma de «aplicación» de la ley, puesto que la interpretación no es más que una de sus formas, junto a la analogía. Nada impide, pues, una «aplicación analógica rigurosa» (es decir, cuidadosa y no a la ligera).[42] El Proyecto de CP 1980 y el Anteproyecto CP 1983 admitieron expresamente la analogía *in bonam partem*, pese a mantener el texto del actual art. 4, 3. El actual CP ha renunciado a formular dicha admisión, pero no se opone expresamente a ella. Cuando el art. 4, 1 CP declara que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», puede interpretarse en el sentido de que se refiere a las «leyes *penales*» en sentido estricto, esto es: solamente las leyes que imponen penas o las agravan. En el mismo sentido puede interpretarse la fórmula parecida que emplea el art. 4, 2 Cód. civil, que no pretende modificar el sentido del principio de legalidad penal, sino constituir sólo una normal consecuencia del mismo (así se manifiesta la Exposición de Motivos de la reforma que introdujo dicho precepto).[43]

---

40. Así Antón, PG p. 102 ss.; Muñoz Conde, Introducción, pp. 151 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 115; Cerezo, PG, I, pp. 172 ss.; Luzón, Curso, p. 137; Baldó, ADPCP 1996. En contra la jurisprudencia tradicional del TS, aunque recientemente se manifiestan a favor las SSTS 7/2002 de 19 en., 389/2002 de 8 mar., 654/2004 de 25 mayo, 915/2004 de 15 jul., 1085/2004 de 4 oct., 1484/2005 de 28 febr., 276/2005 de 2 mar., 91/2005 de 11 abr. (desarrollando el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II 01/03/2005, que a los efectos de aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP asimila las relaciones estables de pareja a la relación matrimonial —lo que sólo es posible mediante una aplicación analógica del precepto, puesto que éste sólo menciona la relación matrimonial), 414/2006 de 17 abr., 469/2006 de 28 abr. El TC sólo considera prohibida por el principio de legalidad la analogía *in malam partem*: así SSTC 142/1999, 127/2001. Entre los autores contrarios cfr. Cobo/Boix, *op. cit.*, pp. 202 ss.

41. Cfr. en este sentido, Córdoba, Comentarios, I, pp. 58 ss. Le sigue Landrove, Introducción, pp. 105 s., aunque reconoce que la analogía *in bonam partem* es vista con simpatía por la moderna doctrina española (p. 104).

42. *Vid.*, ampliamente, Mir Puig, Introducción, pp. 319 ss. En el mismo sentido, Baldó, ADPCP 1996.

43. Cfr. Mir Puig, Introducción, p. 323.

III. Límites del *Ius Puniendi* en un Estado social

1. *El principio de utilidad de la intervención penal*

44 Si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El **principio de necesidad** conduce, pues, a la **exigencia de utilidad**. Esto plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos.

45 En contra de la **eficacia de la pena** podrían alegarse los elevados porcentajes de *reincidencia* pese al cumplimiento de una pena anterior.[44] Puede aducirse, además, que en los *delitos pasionales*,[45] o de *terrorismo*, a menudo los más graves, el contraestímulo de la pena juega un papel de muy dudosa relevancia. Sin embargo, la eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de los que ya han delinquido. Precisamente en éstos el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que *no han delinquido y acaso lo hubieran hecho* de no concurrir la amenaza de la pena.[46] Existen ciertas **experiencias históricas y presentes** que ponen de manifiesto un aumento de la delincuencia cuando disminuye de forma sensible la intervención del Derecho penal: momentos de caos político, en que el Estado pierde el control del orden público, guerras, revoluciones, situaciones en que el Estado garantice la impunidad de ciertos delitos —como sucedió en la Alemania nacionalsocialista y como sucede en las «policías paralelas».[47]

46 Sin embargo, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es **inútil** para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos a que se señalaba; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la *gravedad* del castigo es la seguridad de que se impondrá *alguna* pena.[48]

---

44. *Vid.* Mir Puig, La reincidencia en el CP, 1974, pp. 11 ss. Pese a que no toda repetición delictiva da lugar a una agravación formal por reincidencia, los índices de apreciación de ésta entre los penados a privación de libertad se situaban, cuando efectué la investigación citada, alrededor del 60%. Las cifras que ofrece García Valdés, Hombres y cárceles, 1974, p. 37, son aún más elevadas: un 70%.
45. Cfr. Roxin, Sentido, p. 18.
46. En este sentido, Antón Oneca, PG, p. 31; Lyons, Ética y Derecho, p. 159.
47. Sobre esto, más ampliamente, Mir Puig, RJCat 1981, p. 188.
48. Recoge investigaciones americanas en este sentido Pagliaro, Rit.DP 1981, pp. 447 ss.

2. *Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal*

47 El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.[49] El principio de la «máxima utilidad posible» para las posibles víctimas debe combinarse con el de «mínimo sufrimiento necesario» para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible.[50] Entra en juego así el **«principio de subsidiariedad»**, según el cual el Derecho penal ha de ser la ***ultima ratio***, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado **«carácter fragmentario del Derecho penal»** constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado **«principio de intervención mínima»**.[51]

48 A) Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma **subsidiaria**, una ***ultima ratio***.[52] Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada *Política social*.[53] Seguirán a continuación las *sanciones no penales*: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil «huida al Derecho penal».[54] Pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción— ¡técnica ésta característica del Estado liberal clásico!

---

49. Según el TC (siguiendo a la jurisprudencia constitucional alemana), esta exigencia se deriva del principio de proporcionalidad en sentido amplio, que hará *inconstitucional* aquella pena o medida que no resulte necesaria. Así, recogiendo la jurisprudencia constitucional, STC 136/1999, de 20 julio (caso mesa de Herri Batasuna), y la STS 670/2006 de 21 jun. Cfr. Mir Puig, Principio de proporcionalidad, *passim*.

50. Cfr. Ferrajoli, Poder y control, 1986, pp. 33 ss., que postula por esta vía un «Derecho penal mínimo». Le sigue Morales, en Quintero/Morales/Prats, PG, pp. 92 ss.

51. Cfr. Muñoz Conde, Introducción, pp. 59 ss.; Mir Puig, Principio de intervención mínima cit., pp. 151 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 79 ss.; STS 16 feb. 1996.

52. Cfr. Roxin, Sentido, pp. 21 s.; el mismo, AT, § 2/38; Arthur Kaufmann, Henkel-Festschrift, p. 89; Maurach, Tratado, I, pp. 30 ss.

53. Así ya von Liszt, Aufsätze, II, p. 83. Más recientemente, Calliess, Theorie, pp. 128 ss.

54. Cfr. Roxin, Franz v. Liszt cit., pp. 77 ss.

B) Un segundo principio derivado de la limitación del Derecho penal a lo **49**
estrictamente necesario, es el postulado del **«carácter fragmentario del Derecho penal»**. Significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las *modalidades de ataque más peligrosas* para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento. Binding habló por vez primera del carácter fragmentario del Derecho penal como un defecto a superar completando la protección de los bienes jurídicos.[55] En nuestros días, en cambio, el carácter fragmentario se regula como un postulado positivo del Derecho penal.[56] El giro operado guarda relación con el paso de una concepción retribucionista a otra basada en una estricta necesidad de la prevención (cfr. *supra*, Lección III, IV 2).

3. *El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*

Bibliografía

Abanto, Acerca de la teoría de bienes jurídicos, 2006; *Alcácer*, La protección del futuro y los daños acumulativos, en ADPCP 2001; *Alonso Álamo*, Bien jurídico-penal: más allá del constitucionalismo de los derechos, EPC, 2009; *la misma*, Bien jurídico material y bien jurídico procedimental y discursivo, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *la misma*, Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos, en RGDP (15) 2011; *la misma,* Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural: lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal, en RGDP, (18) 2012; *la misma*, Sentimientos y Derecho Penal, en CPC (106) 2012; *la misma*, Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo), en RP (32) 2013; *Ambos*, Bien jurídico y "harm principle": bases teóricas para determinar la "función global" del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional, RDPC (10) 2013; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Angioni*, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, 1983; *Bacigalupo*, Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts, en Festschrift für Jakobs, 2007 (trad. al español en, Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal, LH al Prof. G. Jakobs en su 70 aniversario, 2008); *Bottke*, Das Straftaterfordernis der Rechtgutsverletzung, en Festschrift für E. J. Lampe, 2003*; el mismo*, ¿Roma locuta causa finita? ¿Adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos?, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Bustos*, Política criminal e injusto, en Rev. int. droit pén. 1978 (=el mismo, Bases críticas de un nuevo Derecho penal, 1982, pp. 65 ss.); *el mismo*, Control social y sistema penal, 1987, pp. 159 ss., 181 ss; *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *Carrasco Jiménez*, La "teoría material del bien jurídico" del sistema Bustos/Hormazábal, en EPC (35) 2015; *Castronuovo*, Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, en RP (33) 2014; *Díez Ripollés*, El Derecho penal ante el sexo, 1981; *Donna*, Die ethische Autonomie des Menschen als wesentliches Rechtsgut, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Duff*, La criminalización de las puestas en peligro, en ADPCP, 2010; *Feijoo*, Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico, InDret 2/2008; *Fernández, Gonzalo*, Bien jurídico y sistema del delito, Montevideo 2004; *Gärditz*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat, 2010; *Gómez Benítez*, Sobre la teoría del «bien jurídico», Rev. Fac. de Madrid, nº 69, pp. 85 ss.; *González Rus*, Bien jurídico y Constitución, 1983.; *Greco*, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der

55. Cfr. Binding, Lb. BT, pp. 20 ss.

56. En este sentido Maiwald, Maurach-Festschrift, p. 22; Roxin, Sentido, pp. 21 ss.; Jescheck, Tratado, p. 73.

Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS 2008; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *el mismo*, Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale, en Die delitti e delle pene, 1984, pp. 104 ss.; *el mismo*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1990, pp. 85 ss; *Hava García*, La protección del bienestar animal a través del derecho penal, en EPC (31) 2011; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2000; *el mismo*, Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktstruktur, GA 2002, pp. 21 ss.; *el mismo*, (ed.), La teoría del bien jurídico, trad. Alcácer/Martín/Ortiz de Urbina, 2007; *A. v. Hirsch*, Das Rechtsgutsbegriff und das «harm principle», GA 2002, pp. 2 ss.; *el mismo*, "Harm and wrongdoing": Schädlichkeit und Verwerflichkeit als Begründung von Kriminalisierungen, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Hirsch/Seelmann/Wohlers* (eds.), Mediating Principles, 2006; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; *Jakobs*, Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem, en FS Amelung, 2009 (trad. al español en, ¿Daño social?: anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal, en CPC (100) 2010); *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000; *Kuhlen*, Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?, en Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Rechtssystem, 1996; *el mismo*, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, en Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Lampe*, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, en Festschrift für H. Welzel, 1974, pp. 151 ss.; *Lascuraín*, Bien jurídico y objeto protegible, ADPCP 2007; *Marx*, M., Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut», 1972; *Mir Puig*, Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del Ius puniendi, en Estudios penales y criminológicos, XIV (1991), pp. 205 ss. (= el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 159 ss.); *Müssig*, Desmaterialización del bien jurídico y de la Política criminal, RDPCr nº 9 (2002), pp. 169 ss.; *Neumann* et al. (eds), „Personale Rechtsgutslehre" und „Opferorientierung im Strafrecht", 2007; *Ortiz de Urbina*, La excusa del positivismo, 2007; *Padovani*, La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, en Die delitti e delle pene, 1981, pp. 114 ss.; *Paredes Castañón*, La prohibición de conductas dañosas para bienes jurídicos y los principios de justicia, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Pérez del Valle,* En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos, en InDret (www.indret.com), nº 379, octubre 2006; *Polaino Navarrete*, El bien jurídico en el Derecho Penal, 1974; *Roxin*, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, en RECPC (15) 2013; *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, en Festschrift für Honig, 1970, pp. 151 ss.; *Rusconi*, Normativismo, bien jurídico y empresa, Buenos Aires 2005; *Santana*, Funciones del Derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos, en AP, nº 9 de 2001, pp. 141 ss.; *Sanz Morán*, Reflexiones sobre el bien jurídico, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege en Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, III-2, 1959, 909 ss. y 992 ss.; *Sina*, Die Dogmengeschichte des straffrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», 1962; *Soto Navarro*, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003; *Stratenwerth*, Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), pp. 679 ss.; *el mismo*, Zum Begriff des „Rechtsgutes", FS Lenckner, 1998, pp. 377 ss.; *el mismo*, Zur Legitimation von "Verhaltensdelikten", en v. Hirsch/Seelmann/Wohlers, Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Sobre la legitimación de los delitos de conducta, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Stuckenberg*, The Constitutional Deficiencies of the German Rechtsgutslehre, en Oñati Socio-legal Series: http://ssrn.com/abstract=2200870; *el mismo*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011; *Terradillos*, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, en Rev. Fac. Der. Univ. Compl. Madrid, nº 63, pp. 123 ss.; *Vives*, Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo, en EPC (25) 2004.

50 A) El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia merecen la protección del Derecho se denominan **«bienes jurídicos»**. Se dice, entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger «bienes jurídicos». La expresión «bien jurídico» se utiliza en este contexto en su **«sentido político-criminal»** de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su

«sentido dogmático», que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho penal vigente (cfr. sobre este otro sentido infra, Lección 6).

51 Que el Derecho penal *sólo* deba proteger «bienes jurídicos» no significa que *todo* «bien jurídico» haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de «bien jurídico» es, pues, más amplio que el de **«bien jurídico-penal»**.

52 Relacionado con la **distinción de Moral y Derecho**, el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses *meramente* morales —esto es, *solamente* morales, lo que no impide que los bienes jurídico-penales puedan ser, como de hecho lo son los más importantes, *también* bienes morales, pero exige que tengan *algo más* que los haga merecedores de protección jurídico-penal—. El problema es determinar con mayor precisión este punto de partida, único modo de que pueda tener alguna utilidad limitadora del *Ius puniendi*.

53 B) El concepto de bien jurídico, que se atribuye a **Birnbaum** (a mediados del s. XIX) no nació en el sentido político-criminal expresado, sino en el sentido dogmático de objeto de protección elegido por la ley. Las **distintas concepciones del bien jurídico** que se formularon con posterioridad tampoco lograron ofrecer un límite válido al legislador. **Von Liszt** ofreció un **concepto material** de bien jurídico, afirmando que éste encuentra su origen en un *interés de la vida*, previo al Derecho, que surge de las *relaciones sociales*; pero admitió que dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho. Es éste quien decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos.[57] También los **neokantianos**, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte del siglo pasado, buscaron una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al Derecho, pero en lugar de verla en el terreno de los intereses sociales, la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los *valores culturales*.[58] En un principio el concepto de bien jurídico fue rechazado por los penalistas **nacionalsocialistas**, que lo veían como un límite liberal a superar en un Estado totalitario. Tras un debate sobre el tema, neokantianos y defensores tradicionales del bien jurídico lograron disuadir a los nacionalsocialistas de que dicho concepto supusiera ningún freno individualista.[59]

54 Sin embargo, una importante dirección acude hoy al concepto de bien jurídico como bandera de una **Política criminal «liberal»**, que fija un límite al Derecho penal.[60] Comparto la utilidad de contar con un concepto que delimite la frontera mínima de lo que puede ser objeto de protección penal.

---

57. Cfr. von Liszt, Tratado, pp. 6 ss.; Sina, *op. cit.*, pp. 46 ss.
58. *Vid.* Amelung, *op. cit.*, pp. 350 y 367.
59. *Vid.* Sina, *op. cit.* pp. 82 ss.
60. Así Jäger, *op. cit.*; Sax, *op. cit.*; Roxin, Sentido, p. 23; el mismo, Franz v. Liszt cit., pp. 78 ss., donde señala que el Proyecto Alternativo alemán se afilia a la «concepción liberal» del bien jurídico; Rudolphi, Honig-Festschrift, pp. 151 ss.; Sina, *op. cit.*, pp. 89 ss.

55 Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos **condiciones de la vida social**, en la medida en la que afecten a las **posibilidades de participación de individuos** en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-*penales*, será preciso que tengan una **importancia fundamental**. Todo ello puede verse como una exigencia del Estado social y democrático. El Derecho penal de un **Estado social** no ha de ocuparse en respaldar *mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales* que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social.[61] El postulado de que las condiciones sociales a proteger deban servir de base a la posibilidad de participación de *individuos* en el sistema social,[62] puede fundarse en el **Estado democrático**.

56 «Posibilidad de participación» no se entiende aquí sólo como posibilidad de *incidencia activa* en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el *respeto de la propia esfera de libertad particular* por parte de los demás. Para poner un ejemplo extremo: el poder vivir aislado sin necesidad de temer que los demás lo impidan es, según esto, una determinada posibilidad de participación social.

57 También encuentra este último fundamento la exigencia de que sean los propios ciudadanos quienes *decidan* qué objetos reúnen las condiciones requeridas para constituir bienes jurídico-penales. Por último, el **Estado de Derecho,** y el principio de legalidad material que impone, aconsejan que los distintos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concreten en forma bien *diferenciada* en un catálogo de bienes jurídicos *específicos* correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales como «perturbación del orden social», «perjuicio social», etc.

58 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (más concretamente: de bienes jurídico-penales) posee, como se ve, un fundamento plural, que procede de los tres aspectos de la fórmula «Estado social y democrático de Derecho».[63]

---

61. Sobre la limitación del Derecho penal a los comportamientos gravemente disfuncionales, sobre la base de la metodología de la sociología funcionalista, cfr. Amelung, pp. 358 ss.

62. Así Calliess, *op. cit.*, pp. 143 ss.; Mir Puig, Introducción, pp. 135 ss.; Berdugo, Lesiones, pp. 22 ss.; próximo Luzón, Curso, p. 327, acogiendo también la expresión que propongo «bien jurídico-*penal*» (p. 328). Terradillos, Satisfacción de necesidades, p. 136, concreta las posibilidades de participación en forma de «posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas» y de modo que supongan una participación no alienante e igualitaria en la riqueza de la especie.

63. La STC 8 junio 1988 asigna al Derecho penal «la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean Constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho». Cfr. CPC 38 (1989), p. 530. También Roxin, AT, I, § 2/9, fundamenta el concepto político-criminal de bien jurídico en el modelo de Estado que acoge la Constitución, que en Alemania es también social y democrático de Derecho.

IV. Límites del *Ius Puniendi* en un Estado democrático

59 Si el Estado de Derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad y en el Estado social dicha potestad sólo se legitima si sirve de eficaz y necesaria protección de la sociedad, un Estado que además pretenda ser democrático tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su **dignidad humana**, de la **igualdad (real)** de los hombres y de su facultad de **participación** en la vida social. Pueden así fundamentarse ciertos principios político-criminales generalmente aceptados en el presente, los cuales pueden y deben aún profundizarse si se quiere ahondar en el camino de un Derecho penal realmente democrático —no sólo de garantías formales, sin duda imprescindibles, sino también al servicio efectivo de todos los ciudadanos—. Veamos, bajo esta luz, los principios de **humanidad**, de **culpabilidad**, de **proporcionalidad** y de **resocialización**.

1. *El principio de humanidad de las penas*

60 Tal vez sea éste el principio que en mayor medida caracteriza el **origen** y la **evolución** del contenido del sistema penal contemporáneo. Nació éste de la mano de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen. Fue un punto central del programa de la **Ilustración** que concretó especialmente Beccaria en el s. XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y buen número de las reformas penales que se han producido hasta el presente. Se pasó así primero, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad. Las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte ha sido abolida en los últimos tiempos en la mayoría de países,[64] como lo ha sido en España. Y no se detiene aquí la evolución. En nuestros días se aprecia una importante y progresiva **sustitución de las penas privativas de libertad** por otras penas menos lesivas como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en la *suspensión* del cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso en la *renuncia* a toda pena. El CP 1995 ha incorporado o ampliado alguno de estos aspectos. En esta línea se inscribe también la tendencia internacional a la **despenalización** de ciertas conductas antes punibles.[65] También se *atenúa* paulatinamente la gravedad de la pena señalada a los delitos. Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un *límite máximo*

64. Cfr. *infra*, Lec. 28, IV.
65. Cfr. por todos la visión general que ofrece Jescheck, Movimiento internacional, pp. 15 ss.

de quince años, aunque se trate de una aspiración no realizada en la mayoría de países. El Derecho vigente no admite la cadena perpetua, ni siquiera para sustituir la pena de muerte.[66]

61 Especial importancia tiene la progresiva humanización que se reclama por la doctrina y se exige por los textos legales para el **cumplimiento de las penas privativas de libertad**. Es éste un postulado más indiscutible que el más problemático, aunque también importante, de la resocialización. En cuanto sean inevitables, las cárceles tienen que garantizar unas condiciones de humanidad mínimas, como lo exigen las condiciones mínimas de la ONU.[67] Sin embargo, la realidad de la prisión no acaba de adaptarse a estas exigencias.

62 Toda esta evolución perdería sentido en una concepción política en la que el Estado se concibiese como fin en sí mismo y no al servicio de los individuos. Así se explica que las tendencias humanitarias cediesen durante el paréntesis en que, en el siglo XX, imperaron los Estados totalitarios, cuyos Derechos penales acrecentaron inexorablemente su rigor. Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta a la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto de la dignidad de todo hombre —también del delincuente—, que debe asegurarse en un Estado *para todos*.

63 No obstante, debe señalarse que la tendencia a la humanización progresiva del Derecho penal parece haberse detenido e incluso invertido desde los años ochenta del siglo pasado. Ello ocurrió primero en los E.E.U.U. (ya desde los años 80 del siglo pasado) y se ha ido extendiendo por todo el mundo. En España y en Latinoamérica casi todas las últimas reformas han tenido un sentido de ampliación y endurecimiento del Derecho penal. Esperemos que ello no acabe devolviéndolo a un pasado que creíamos definitivamente superado.

2. *El principio de culpabilidad*

64 En su **sentido más amplio** el término «culpabilidad» se contrapone al de «inocencia». En este sentido, bajo la expresión «principio de culpabilidad» pueden incluirse diferentes límites del *Ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda «culparse» a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable

66. Cfr. Mir Puig, RJCat, 1981, pp. 27 ss.
67. Cfr. García Valdés, Comentarios, p. 19.

al sujeto por delitos ajenos: **principio de personalidad de las penas**. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: **principio de responsabilidad por el hecho**, exigencia de un «Derecho penal del hecho». Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: **principio de dolo o culpa**. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: **principio de imputación personal** (también denominado de culpabilidad en sentido estricto). Ello no sucede cuando el sujeto del delito es inimputable, como lo son, por ejemplo, el menor de edad penal y el enfermo mental.[68]

65 El término «culpabilidad» tiene ciertas resonancias moralizantes, por lo que un sector doctrinal postula su supresión.[69] Sería preferible un término más neutro como «responsabilidad», como el que acogió la Propuesta Alternativa de Parte General de CP del Grupo Parlamentario Comunista.[70] Sin embargo, seguimos utilizando aquí la expresión «culpabilidad» porque es la tradicional y existe, por lo demás, amplio acuerdo en que debe entenderse como «**culpabilidad *jurídica***», que en absoluto exige la **culpabilidad moral**. Sí parece, en cambio, importante concretar el contenido de dicho principio, determinando qué exigencias implica, pues por sí sola la palabra culpabilidad, no dice nada acerca de cuándo puede culparse a alguien por un delito. Se trata de llenar de contenido el concepto de culpabilidad, diferenciando las distintas exigencias que supone y cuya confusión suscita a menudo graves equívocos en torno a aquel concepto. La culpabilidad no debe ser un oscuro juicio metafísico, sino el resultado de una serie de postulados concretos como los aquí mencionados.

66 Sin embargo, no es conveniente el uso de la palabra «culpabilidad» en el doble sentido en que se emplea por la doctrina. En **sentido amplio** expresa el conjunto de presupuestos que permiten «culpar» a alguien por el evento que motiva la pena: tales presupuestos afectan a todos los requisitos del concepto de delito. En **sentido estricto** se refiere sólo a una parte de tales presupuestos del delito, a saber, a los que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.[71] En esta obra preferiremos evitar esta ambigüedad del término «culpabilidad» y lo usaremos sólo en el sentido amplio que permite su sentido. Este sentido amplio de culpabilidad es oportuno cuando se alude a su significado de límite político-criminal del *Ius puniendi*. En cambio, en el contexto de la teoría del delito conviene precisar más para referirse solamente al último de los subprincipios señalados, por lo que en lugar del término «culpabilidad» emplearemos allí la expresión «imputación personal» (cfr. *infra*, Lecciones 5 y 20).

---

68. Incluyen algunos de estos y otros aspectos en el principio de culpabilidad: Hassemer, CPC nº 18 (1982), pp. 475 ss.; Roxin, CPC nº 30 (1986), pp. 673 ss.

69. Cfr. p. ej., Gimbernat, Estudios, pp. 105 ss.; Baurmann, *op. cit.*, pp. 203 ss., 216 ss.

70. Cfr. Mir Puig/Muñoz Conde, CPC n.º 18 (1982), p. 612.Otros autores proponen otras expresiones sustitutivas, como «imputación individual» (Achenbach), «imputación subjetiva o personal» (Torío), etc. Cfr. infra, Lec. 20, nota 43.

71. Cfr. Stratenwerth, Schuldprinzip, p. 40; Baurmann, *op. cit.*, pp. 216 s.; Ellscheid/Hassemer, *op. cit.* También habla del principio de culpabilidad en un sentido político-criminal distinto y más amplio al estrictamente dogmático Quintero Olivares, Introducción, pp. 52 s.

67 Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la **dignidad humana**, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo. Este Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el Derecho. Ello guarda también relación con una cierta **seguridad jurídica**: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado. Se opondría a estas ideas poder castigar a alguien inocente, por un hecho de otro o por un hecho no querido ni imprudente.[72] La exigencia de **igualdad real** de todos los ciudadanos, que también afecta a lo anterior, sirve de base a la prohibición de castigar a un sujeto que no alcanza el nivel de motivabilidad normal previsto por la ley. Nuestro Derecho positivo, como el de la mayoría de países de nuestro ámbito de cultura, acoge todos estos principios, como se verá a lo largo de la teoría del delito.

68 A) El **principio de personalidad** impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la **responsabilidad colectiva** que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho de uno de ellos. No obstante, la LO 5/2010 introdujo en el CP la responsabilidad penal de las **personas jurídicas**. La problemática que ello plantea desde el punto de vista del principio de culpabilidad será desarrollada en una lección posterior (cfr. *infra*, Lección 7, IV).

69 B) El **principio de responsabilidad por el hecho**, que exige un «Derecho penal del hecho», se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza este principio con el de legalidad, y su exigencia de «tipicidad» de los delitos: el «mandato de determinación» de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el **«Derecho penal de autor»** y la teoría de los «tipos de autor» que propusieron los penalistas nacionalsocialistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conductas), el Derecho penal debía castigar al «homicida», al «ladrón», al «falsificador», etc... (tipos de autor). Adviértase cómo se confirma la vinculación política de cada una de ambas opciones.

70 C) El **principio de dolo o culpa** —tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad— considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. En el Derecho primitivo (así, especialmente en el germánico) no regía este principio, sino el contrario de la **«responsabilidad objetiva»**

---

72. Desde una perspectiva contractualista liberal, funda todo el Derecho penal en el consentimiento del delincuente manifestado a través del dolo (o la culpa) Nino, *op. cit.*, pp. 225 ss., 391 ss. Fiandaca/Musco, PG, 3ª ed., pp. 163 s., subrayan que la exigencia de culpabilidad tiene el sentido «liberal-garantístico» de permitir al ciudadano «planificar su propia vida sin incurrir en sanciones penales».

o «responsabilidad **por el resultado**», según el cual bastaba la causación de una lesión para que fuese posible la responsabilidad penal, aunque el autor no hubiese querido dicha lesión ni la misma se debiera a imprudencia. La evolución del Derecho penal ha seguido una línea tendente a la *espiritualización* de la responsabilidad penal,[73] que ya se inició en el Derecho romano (no en sus principios) y llega a nuestros días, tras el paréntesis germánico de la Edad Media. Hoy se admite generalmente que la pena del delito doloso (querido) debe ser mayor que la del delito imprudente (culposo), y que si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna. Sin embargo, los vestigios de la «responsabilidad objetiva» han llegado hasta el presente, y hasta la reforma de 1983 el CP español conocía **«delitos cualificados por el resultado»** que suponían una responsabilidad penal que no requería dolo ni imprudencia, así como algún punto de apoyo para otras manifestaciones del llamado ***«versari in re illicita»*** —que permitía atribuir penalmente las consecuencias fortuitas de un acto inicial ilícito—. Estos conceptos, así como una fundamentación más precisa de la exigencia de dolo o imprudencia, serán objeto de atención más amplia en el seno de la teoría del delito (cfr. *infra*, Lecciones 10 y 11).

71 D) El **principio de imputación personal** impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no sea capaz de conocer su antijuridicidad y no alcance unas determinadas condiciones psíquicas o situacionales de normalidad motivacional. Es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de los *inimputables*, ya sea por ser menores de edad penal, ya por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, o trastorno mental transitorio.

72 Este principio puede apoyarse por de pronto, en la necesidad de que el hecho punible «pertenezca» a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una «racionalidad normal» que permita verlo como *obra de un ser suficientemente responsable*. De otro modo, en términos de Hegel, la pena no honraría al hombre como ser racional.[74] El **principio de igualdad real** de los ciudadanos confirma esta exigencia de imputación personal como presupuesto de la pena. Se opondría a la igualdad imponer una pena, prevista para el que puede ser motivado normalmente por la ley penal, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivabilidad normal. Si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad.[75]

---

73. Se trata, en otros términos, de una tendencia hacia la *«responsabilidad subjetiva»*, contrapuesta a la «responsabilidad objetiva». Cfr. Luzón, Curso, pp. 87 s.

74. Así Mir Puig, Introducción, pp. 155 ss.

75. Mir Puig, Función, pp. 99 ss.

73 Lo anterior lleva, por una parte, a considerar **preferible el mecanismo de la pena que el de las medidas de seguridad**, cuando el hecho puede imputarse personalmente al sujeto, pero también a excluir la posibilidad de una pena y admitir **sólo el recurso a medidas de seguridad si falta la posibilidad de imputación personal**. Frente al sujeto que dispone de una racionalidad que le hace normalmente accesible a la norma penal, es preferible el mecanismo de la motivación normativa y de la pena como respuesta a una infracción normalmente atribuible a su autor. Se utiliza entonces el proceso específicamente humano de la motivación racional y se limita la intervención del Estado por el principio de culpabilidad. Pero frente a sujetos a quienes no puede ser imputado personalmente el hecho sería inadmisible la pena y sólo queda la posibilidad de intervenir con una medida de seguridad. Adviértase que, según este planteamiento, las medidas de seguridad sólo son admisibles *subsidiariamente* respecto de la pena. Se rechaza así la pretensión de una corriente que arrancó de la ***Scuola Positiva*** italiana, según la cual las medidas de seguridad constituirían una alternativa preferible a la pena. Desde su aparición, y a lo largo del siglo XX, las medidas de seguridad han demostrado importantes inconvenientes desde el prisma de un Estado democrático de Derecho. Uno de ellos es que no tratan al ciudadano por su actuación de sujeto racional y responsable, sino como ser peligroso, lo cual no es específico del hombre.

3. *El principio de proporcionalidad*

74 No sólo es preciso que pueda «culparse» al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte *proporcionada* a la del hecho cometido —criterio éste que sirve de base a la graduación de las penalidades en nuestro Derecho (cfr. supra, Lección 3, IV 3)—. Se trata de una exigencia que no nació, sin embargo, para las penas, sino para las **medidas de seguridad**. Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva —así, cuando para evitar que el pequeño ratero siguiera delinquiendo fuese necesario encerrarle durante toda su vida—. La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas.[76] Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para **graduar las penas**, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal.[77]

---

76. Así p. ej., Jescheck, Tratado, pp. 34 ss.; Roxin, AT, § 3/58.

77. De hecho, el principio de proporcionalidad debe limitar toda intervención estatal que afecte a derechos del ciudadano, y supone una exigencia constitucional cuando, como ocurre en principio en

75 El principio de culpabilidad no basta, entendido en sus justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena.[78] Aquel principio sólo exige que pueda «culparse» al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan *imputarle* la lesión (como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal). Nada dice esto de la *gravedad* de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena.

76 **Dos aspectos o exigencias** hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de **que la pena sea proporcionada al delito**. Por otra parte, la exigencia de que la **medida de la proporcionalidad** se establezca en base a la importancia social del hecho (a su *«nocividad social»*). La necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (**prevención general positiva**) (cfr. supra, Lección 3, I 2 A). Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquéllas se devalúen.[79] Pero un **Estado democrático** debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la «nocividad social» del ataque al bien jurídico.[80] Conminar en la actualidad con la pena de muerte el «tercer hurto», como se hizo en otras épocas históricas,[81] contradiría abiertamente la actual significación social del hurto. Tal pena no podría concitar el consenso social que exige una prevención general positiva, ni resultaría admisible en un Derecho democrático.

77 También las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las **medidas de seguridad**. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no

---

Derecho penal, la intervención estatal afecta a derechos fundamentales. Así, la STC 136/1999, de 20 julio (caso mesa de Herri Batasuna), admitió un recurso de amparo por considerar excesiva la pena impuesta. Cfr. Mir Puig, Principio de proporcionalidad, *passim.*

78. Cfr. Baurmann, *op. cit.*, pp. 217 ss. Contra la opinión de Ellscheid/Hassemer (*op. cit.*) subraya, a su vez Arth. Kaufmann, Lange-Fest., pp. 31 ss., que tampoco el principio de culpabilidad puede sustituirse por el de proporcionalidad. Sin embargo, a menudo se considera la exigencia de proporcionalidad como uno de los aspectos del principio de culpabilidad: cfr. p. ej. Hassemer, CPC nº 18 (1982), pp. 478 ss.; Roxin, CPC nº 30 (1986), p. 686.

79. Ciertamente, a la larga una prevención general desproporcionada sería inútil a efectos intimidatorios: así ya Beccaria, De los delitos, p. 35; Lardizábal, cap. II, nos. 2-4 y 11 ss. Mir Puig, Introducción, p. 158; Luzón Peña, Gimbernat, Estudios, pp. 118 ss.

80. Sobre la posible discordancia entre las valoraciones sociales y los intereses efectivos de la sociedad cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 159 ss.

81. Cfr. Pereda, Famosus latro, ADPCP 1962, pp. 5 ss.

sólo con los *beneficios sociales* que pueden aportar, sino más en concreto, con el grado de la *peligrosidad criminal del sujeto* y con la *gravedad del hecho* cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves.[82]

4. *El principio de resocialización*

78 La exigencia democrática de que sea posible la **participación** de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho penal evite la *marginación* indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad. Ello hace preferibles en la medida de lo posible las penas y medidas que no entrañen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Así debe entenderse el principio de **resocialización en un Estado democrático**, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de *ampliar* las posibilidades de la participación en la vida social, una *oferta de alternativas* al comportamiento criminal. Ello ha de suponer la *libre aceptación* por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el mero *objeto* de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un *sujeto* no privado de su dignidad con el cual se dialoga.[83]

79 La legislación española acoge, como es sabido, el principio de resocialización, tanto en la Constitución (art. 25) como en la Ley Penitenciaria (art. 1). Sin embargo, la realidad de las cárceles es muy otra, hasta el punto de que puede llegar a resultar contraria a la Constitución.[84]

---

82. Recoge estas exigencias el art. 91 de la Propuesta Alternativa de PG de CP: CPC n.º 18 (1982), p. 642.

83. Así Calliess, Theorie, pp. 173, 209 ss. Se trata de evitar los peligros que entrañaría la idea de resocialización. Sobre esto cfr. Muñoz Conde, Mito de la resocialización, pp. 680 ss.; Luzón Peña, Medición, p. 53; Muñagorri, Sanción penal, pp. 135 ss.; De la Cuesta, Sistema penitenciario, pp. 25 ss.; García-Pablos, Estudios penales, pp. 59 ss.; Mapelli, Principios, pp. 91 ss.; Asúa Batarrita, Régimen penitenciario abierto, pp. 963 ss.; Mir Puig, ¿Qué queda en pié...? cit., pp. 145 ss.

84. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 35 ss.

Segunda Parte
EL DELITO

Lección 5.
LA TEORÍA DEL DELITO

Bibliografía

Alcácer, Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal, en AP, 2001, pp. 229 ss.; *el mismo*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, 2003; *Alonso Rimo*, Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido, 2002; *Altpeter*, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, 1990; *Álvarez*, Introducción a la teoría jurídica del delito, 1999; *Bacigalupo*, Delito y punibilidad, 1983; *el mismo*, Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, La Ley, 23 dic. 86, pp. 1 ss.; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *el mismo*, Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, LH Roxin, 1997, pp. 357 y ss.; *Berdugo*, Honor y libertad de expresión, 1987; *Bernal del Castillo*, Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental, 2011; *Bricola*, Teoria generale del reato, en Novíssimo Digesto, XIX, 1974; *Busch*, Modernas transformaciones en la teoría del delito, 2ª ed., Bogotá, 1980 (el texto alemán original es de 1949); *Bustos Rubio*, Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad, en EPC (35) 2015; *Cancio*, Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito, Buenos Aires, 2000; *Cardenal Montraveta*, Algunos antecedentes de la discusión actual sobre la orientación y el método de la ciencia del Derecho Penal, en Díaz y García/García Amado (coords.), Estudios de filosofía del derecho penal, 2006; *Carnelutti*, Teoría General del Delito, trad. Conde, 1941; *Cerezo*, La influencia de Welzel y del finalismo en general en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos, 2010; *Cobos Gómez de Linares*, Doctrinas unitaristas y exención de la responsabilidad penal: La dogmática jurídico-penal entre la coherencia sistemática y las soluciones imaginativas a las cuestiones prácticas, en LH al Prof. Rodríguez Ramos, 2013; *Córdoba Roda*, Una nueva concepción del delito, 1963; *Cortes Rosa*, La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 205 ss.; *Costa Andrade*, Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal..., en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 153 ss.; *Díaz-Maroto*, La vigencia de la ley penal y la inmunidad parlamentaria, en Rev. Jur. Univ. Autónoma de Madrid, nº 13, 2006, pp. 47 ss.; *Díez Ripollés*, La categoría de la antijuricidad en Derecho penal, ADPCP 1991, pp. 715 ss.; *Donini*, Teoria del reato, voz de la enciclopedia Digesto, IV ed., v. XIV Penale, 1999, pp. 221 ss.; *el mismo*, Método democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica, en Rit.DP, 1/2001, pp. 27 ss.; *Duff*, Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law, 2007; *Engisch*, Introducción al pensamiento jurídico, trad. Garzón Valdés, 1967; *el mismo*, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale, 1957; *el mismo*, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Festschrift für Welzel, 1974, pp. 343 ss.; *Feijoo*, Normativización del Derecho penal y realidad social, Bogotá 2007; *Frisch,* Pena, delito y sistema del delito en transformación, en InDret 3/2014; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual, trad. Córdoba Roda, 1959; *García Pérez*, La punibilidad en el Derecho penal, 1997; *García Valdés*, Principios de la teoría del delito, en Anuario de la Facultad de Derecho, 1996; *Gimbernat*, El sistema del Derecho penal en la actualidad, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª ed.,

1981, pp. 131 ss.; *el mismo*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981; *el mismo*, ¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una PG son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad…, en ADPCP, v. LII, 1999; *Gómez-Jara* (ed.), Teoría de sistema y Derecho penal, Lima 2007; *Graf zu Dohna*, La estructura de la teoría del delito, Buenos Aires 1958 (orig. alemán 1941); *Greco*, Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld, GA, 2009; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß 1983; *Haffke*, El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 129 ss.; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, Persona, mundo y responsabilidad. (Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal), 1999; *Higuera*, Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, LH Torío López, 1999, pp. 387 ss.; *Honig*, Strafrechtliche Allgemeinbegriffe als Mittler kriminalpolitischer Ziele, en Festschrift für K. Larenz, 1963, pp. 245 ss.; *Hormazábal*, Injusto y culpabilidad en el pensamiento de Juan Bustos Ramírez, en ADPCP, 2009; *Hruschka*, Imputación y Derecho penal, 2ª ed. 2009; *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006; *Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), pp. 843 ss.; *el mismo*, Bases para una teoría funcional del Derecho penal, Lima 2000; *Jiménez de Asúa*, La teoría jurídica del delito, 1931; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Arthur Kaufmann*, Concepción hermenéutica del método jurídico, en Persona y Derecho, nº 35, 1996; *Keller*, Der Verlust von orientierungskräftiger Gegenständlichkeit im Strafrecht und der Normativismus, ZStW 107 (1995), pp. 457 ss.; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Lampe*, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 45 ss.; *el mismo*, La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo, trad. de *Gómez-Jara/Orce /Polaino-OrtsK,* Perú 2003; *el mismo*, Acerca de la fundamentación funcional del sistema del delito, trad. de *Orce/Polaino-Orts*, en CPC nº 85, 2005; *Larenz*, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, en Festschrift für K. Engisch, 1969, pp. 150 ss.; *Laurenzo*, El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico, en A.A.V.V., Estudios en memoria del Prof. J. M. Valle Muñiz, 2001; *Luzón Peña*, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, en ADPCP 1993, pp. 21 ss.; *Manjón Cabeza*, Las Excusas Absolutorias en Derecho Español. Doctrina y Jurisprudencia, 2014; *Mapelli*, Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, 1990; *Martínez Garay*, Aproximación histórica al concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina alemana, RDPCr nº 8 (2001), pp. 37 ss.; *Martínez Pérez*, Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad, en LH Beristain, 1989, pp. 565 ss.; *Mir Puig*, Los términos «delito» y «falta» en el Código penal, ADPCP 1973, pp. 319 ss.; *el mismo*, Dogmática creadora y política criminal, en Rev. int. droit pen. 1978, pp. 223 ss. (=RJCat. 1978, pp. 649 ss., y el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994., pp. 11 ss.); *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit., pp. 29 ss.); *el mismo*, Sobre la regulación de la infracción penal y de las personas responsables en la PANCP de 1983, RFDUC monogr. 6 (1983), pp. 471 ss.; *el mismo*, La perspectiva ex ante en Derecho penal, ADPCP 1983, pp. 5 ss. (= el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit., pp. 93 ss.); *el mismo*, Responsabilitat penal del president de la Generalitat i dels Consellers, en A.A.V.V., Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, III, 1988; *el mismo*, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, ADPCP 1994, pp. 5 ss. (=el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit., pp. 225 ss.); *el mismo*, La imputación en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho desarrollado, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J.R. Casabó, 1997, pp. 381 ss.; *el mismo*, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en AA.VV., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, 2001, pp. 389 ss.; *el mismo*, Valoraciones, normas y antijuridicidad penal, en Libro-Homenaje a Cerezo Mir, 2002, pp. 73 ss. (hay versión *on line* posterior corregida en www.mundojuridico.adv.br. y en RECPC 06 (2003), www.criminet.ugr.es/recpc/06, y en alemán en GA, 12 (2003), pp. 863 ss.); *el mismo,* Límites del normativismo en Derecho penal, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005 (= http://criminet.ugr.es/recpc/07); *Moccia*, Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica, 1992; *el mismo*, Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 73 ss.; *el mismo*, El Derecho penal entre el ser y el valor. Función de la pena y sistemática teleológica, Montevideo 2003; *Muñoz Conde*, Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en el libro Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, pp. 309 ss.; *el mismo*, "Rethinking" the

Universal Structure of Criminal Law, en Tula Law Review, v. 39, 2004, pp. 941 ss.; *Naucke*, Grundlinien einer rechtsstaatliche praktischen allgemeinen Straftatlehre, 1979; *Nino*, Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal), México, 1974; *el mismo*, Los límites de la responsabilidad penal, Buenos Aires, 1981; *Olesa Muñido*, Estructura de la infracción penal en el Código español vigente, 1971; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), pp. 593 ss.; *el mismo*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?, en Gedächtnisschrift für Schröder, 1978, pp. 53 ss.; *Padovani*, Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva, RitDP 1983, pp. 532 ss.; *Pawlik*, "Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter"?: Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, en Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007; *el mismo*, Das Unrecht des Bürgers, 2012; *Peñaranda*, Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito, en Gómez-Jara (coord.), Teoría de sistemas y derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación, 2007; *Peñaranda/Suárez/Cancio*, Un nuevo sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, Buenos Aires, 1999; *Pereira/Barrera*, Teoría del delito y praxis penal: aportes del normativismo, 2012; *Piña Rochefort*, Rol social y sistema de imputación, 2005; *Puppe*, Der Aufbau des Verbrechens, en Festschrift für H. Otto, 2007; *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, en Festgabe für R. Frank, I, 1930, pp. 158 ss.; *Robles Planas*, Das Wesen der Strafrechtsdogmatik, ZIS, 5/2010; *el mismo*, La construcción del sistema del delito en la "Aproximación al derecho penal contemporáneo", en Robles/Sánchez-Ostiz (coords.), La crisis del derecho penal contemporáneo, 2011; *el mismo*, Dogmática de los límites al Derecho penal, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012; *el mismo*, Zur Dogmatik der Kriminalpolitik, en Festschrift für W. Frisch, 2013; *Rocco*, El problema y el método de la ciencia del Derecho penal, 2ª ed., Bogotá, 1982 (texto original italiano en Riv. diritto e Procedura penale, 1 [1910], p. 499); *Rödig*, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, en Festschrift für R. Lange, 1976, pp. 39 ss.; *Romano*, «Merecimiento de pena», «necesidad de pena» y teoría del delito, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 139 ss.; *Roxin*, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, en Gedächtnisschrift für Radbruch, 1968, pp. 260 ss.; *el mismo*, Política criminal y Sistema del Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1972; *el mismo*, Política criminal y estructura del delito, 1992; *el mismo*, Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, en Festschrift für E.J. Lampe, 2003; *el mismo*, La teoría del delito en la discusión actual, 2007; *el mismo*, Gedanken zur strafrechtlichen Systembildung, en Liber Amicorum de Josaé de Sousa e Brito, 2009; *el mismo*, Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland, GA, 2011; *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht. Der Vorrang von ex-ante Betrachtung gegenüber ex-post Betrachtung bei der strafrechtlichen Zurechnung, 2006; *Salazar Martín*, Teoría del delito. Con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho penal, 2007; *Sánchez Lázaro*, Una teoría de la argumentación jurídico-penal, 2009; *el mismo*, Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal, InDret, 2013; *Sánchez-Ostiz*, Auswirkungen der Zurechnungslehre in den aktuellen Verbrechenslehren, en Festschrift für J. Hruschka, 2005; *el mismo*, Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo, 2008; *Sancinetti*, Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte General de los Códigos penales, RDPCr nº 8 (2001), pp. 207 ss.; *Schild*, Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs, 1979; *Schmidhäuser*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, en Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pp. 276 ss. (=Sobre la sistemática de la teoría del delito, en Nuevo Pensamiento Penal 1975, pp. 34 ss.); *F. C. Schroeder*, Die Anziehungskraft vorgelagerter Gliederungselemente, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 33 ss.; *Schünemann (ed.)*, El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, introducción, trad. y notas de Silva, 1991; *el mismo*, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, en Festschrift f. R. Schmitt, 1992, pp. 117 ss.; *el mismo*, La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 205 ss.; *el mismo*, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, 1996; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, en Festschrift. Für C. Roxin, 2001, pp. 1 ss.; *el mismo*, El propio sistema de la teoría del delito, en InDret 1/2008; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Serrano Piedecasas*, La teoría del delito como un sistema ordenado de conocimientos, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 747 ss; *Silva*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992; *el mismo*, La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, en InDret 2/2007; *el mismo*, Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik, en Festschrift für W. Hassemer, 2010; *el mismo*, Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial, en Silva/Miró (dirs.) La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Siniscalco*, Irretroattività delle leggi in

materia penale, 1987; *Struensee*, Grundlagenprobleme des Strafrechts, 2005; *Torío*, Racionalidad y Relatividad en las teorías jurídicas del delito, ADPCP 1989, pp. 489 ss.; W*alter*, Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW 95 (1983), pp. 32 ss.; *el mismo*, Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006; *Wolter*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, en Wolter (ed.), 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, pp. 269 ss.; *el mismo*, Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 37 ss.; *Wolter/Freund (ed.)*, Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996; *Wolter/Freund* (ed.) , El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal; *Würtenberger*, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957.

I. Significado de la teoría del delito

1 1. El delito y la pena, junto con el binomio peligrosidad/medidas de seguridad, constituyen los objetos centrales del Derecho penal. En su **Parte Especial** el Derecho penal describe los elementos que *diferencian* a los distintos delitos, como el asesinato, el robo, la estafa, las falsedades, los delitos contra el orden público, etc..., del mismo modo que para cada uno de ellos se señalan las diferentes penas con que se castigan. Pero existen una serie de principios y elementos que son *comunes* a todo delito o a amplios grupos de delitos, de la misma forma que ciertas consideraciones afectan a toda pena o a clases de penas. La **Parte General** del Derecho penal versa, en lo fundamental, sobre todas estas cuestiones generales acerca del delito y de la pena.

2 2. La **teoría del delito** reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse *comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos*. La teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la **dogmática** del Derecho penal. Ésta tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los *principios básicos* del Derecho penal positivo y su articulación en un *sistema* unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito *debería ser* —no es una construcción *iusnaturalista*—, sino una *elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste*.

3 Ello no significa, sin embargo, que la doctrina penal no elabore la teoría del delito con un cierto (con frecuencia amplio) *margen de libertad*. El Derecho penal positivo fija, ciertamente, un *marco* que la elaboración dogmática no puede desbordar, marco que viene determinado por el sentido literal posible de los preceptos legales y, en cuanto no redunde en perjuicio del reo, por su aplicación analógica. Este marco constituye un *límite infranqueable* para la ciencia jurídico-penal. Mas el interior de dicho marco es a menudo amplio y permite un determinado margen de libertad a la doctrina. Cuanto más generales son los principios a

considerar, menos inequívocamente vienen impuestos por los preceptos del Derecho positivo. La decisión acerca de tales principios habrá de depender, entonces, de las premisas valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada **momento histórico-cultural**. De ahí que la evolución histórica de la teoría del delito refleje fielmente la evolución más general de las ideas: el **positivismo** (desde el último tercio del siglo XIX hasta comienzos del XX), el **neokantismo** (desde principios de siglo XX hasta la 2ª Guerra Mundial), el **ontologismo fenomenológico** (desde los años 30 hasta los 60) y el **funcionalismo** (en Derecho penal desde los años 70 hasta el presente) que han determinado las fases más características de la moderna teoría del delito (ver *infra*, Lecciones 6, III, 7, II, y 20, II).[1]

4 Esta evolución no ha de detenerse. Uno de los aspectos más criticables de la fundamentación tradicional de la teoría del delito, fuertemente positivista, es el intento de presentar todos sus conceptos como no disponibles valorativamente, sino como exigencias sistemáticas. Hay que rechazar este planteamiento, que encubre auténticas decisiones valorativas mediante un entramado conceptual aparentemente aséptico y neutral. *La gran mayoría de conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativos*, y si ello se oculta se hace inaccesible su sentido. El neokantismo advirtió la dimensión valorativa de las categorías de la teoría del delito, pero no su significado *político*. Desde los años 70 se reconoce que la construcción teórica del delito debe partir de la *función político-criminal* del Derecho penal (funcionalismo)[2]. Pero la Política criminal depende de cada modelo de Estado. Importa, pues, desvelar claramente la vinculación axiológica de la teoría del delito y sus conceptos a una determinada concepción filosófico-política del Derecho penal como cometido del Estado.

II. La teoría del delito en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho[3]

5 1. Según se ha señalado en las Lecciones anteriores, cada modelo de Estado exige una particular concepción del Derecho penal y de su función. La imagen del Estado social y democrático de Derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del Derecho penal, pero ésta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito. Si el modelo

---

1. Para una visión general de la evolución de la moderna teoría del delito *vid*. Luzón, Curso, pp. 224 ss. Sobre el estado actual de la discusión entre funcionalismo y principios tradicionales en Derecho penal cfr. Jakobs, ZStW 107 (1995), pp. 844 ss.

2. Inició este planteamiento en 1970 Roxin, Política criminal, *passim*. Cfr. Silva, en Schünemann (ed.), El sistema moderno, pp. 19 ss.; Schünemann, op. cit., pp. 28, 63 ss.; Luzón, Curso, p. 96; H. L. Günther, SK 1998, antes de § 32/3.

3. Cfr. Mir Puig, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982, *passim* (=el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit., pp. 29 ss.).

de Estado debe determinar una concepción del Derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas, la pena y el delito: **Estado, Derecho penal, pena y delito** *se hallan en una estricta relación de dependencia*. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya al Derecho penal y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio.

6 2. El entendimiento del Derecho penal de un Estado *social* como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a las **normas** que castigan con una pena el delito (**normas secundarias**) la función de crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos. Pero la función de prevención que corresponde al Derecho penal de un Estado no sólo social, sino también *democrático* y *de Derecho*, ha de estar sujeta, como sabemos, a ciertos límites. El principio de legalidad impone, por una parte, que el delito se determine con la suficiente precisión: el delito ha de estar específicamente **tipificado**; y, por otra parte, exige que el delito constituya **infracción de una norma primaria**. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir el delito como un **ataque a un bien jurídico-penal**, cuando dicho ataque **no esté justificado** por la necesidad de salvaguardia de otro bien jurídico prevalente. El principio de culpabilidad (en sentido amplio) exige que dicho ataque pueda **imputarse objetiva, subjetiva y personalmente** a su autor en determinadas condiciones.[4] Finalmente, el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal ha de condicionar la *punibilidad* del hecho a que manifieste una suficiente **gravedad** y **necesidad de pena**. Estos son los elementos que trata de articular en un sistema la teoría del delito, sistema no sólo dotado, en cuanto tal, de valor científico y práctico, sino también legítimo en la medida en que es el resultado de una evolución que ha ido recogiendo las exigencias que la concepción del Estado dominante en nuestro ámbito de cultura impone al Derecho penal.

III. Líneas generales de la teoría del delito

7 1. Se admite generalmente —prescindiendo de divergencias menores— que **el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable**, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea **punible**.[5]

---

4. Cfr. Mir Puig, Significado y alcance de la imputación objetiva, pp. 398 ss. Considera también que la imputación objetiva es una exigencia del principio de culpabilidad Roxin, AT § 7/57.

5. Este concepto procede básicamente de von Liszt, Tratado II pp. 262 ss., que distinguió las notas de acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, y de Beling, op. cit., pp. 23 ss., que añadió la

8 En la doctrina actual van imponiéndose dos ideas fundamentales respecto a esta definición: 1ª) Sus dos pilares básicos son la **antijuridicidad** —el comportamiento humano y su tipicidad pueden verse como condiciones de la antijuridicidad penal— y la **culpabilidad**; 2ª) «antijuridicidad» significa aquí **objetiva contrariedad al Derecho penal** (como juicio inter-subjetivo, esto es, válido para todo sujeto), mientras que «culpabilidad» significa posibilidad de **imputación personal** del hecho antijurídico **a un sujeto responsable**. A partir de aquí se dividen las opiniones.[6]

9 a) En cuanto a la **antijuridicidad**, hoy se discute si la unidad del ordenamiento jurídico permite o no hablar de una antijuridicidad específicamente *penal*. Aquí parto de que en Derecho penal la antijuridicidad importa ante todo como una *especie* dentro de la antijuridicidad general: como **antijuridicidad penal**. El carácter penal de la antijuridicidad nace *formalmente* con la **tipicidad penal**.[7]

10 Tampoco hay acuerdo acerca de si la antijuridicidad es (sólo) un **juicio de desvalor jurídico** o también expresa la **infracción de una norma imperativa**. Quien entiende lo primero (p. ej., Mezger), sitúa en la culpabilidad la infracción del imperativo, mientras que el segundo punto de vista (p. ej., el de Armin Kaufmann) elimina la antinormatividad de la culpabilidad y la reduce a condición de atribución personal de la infracción de la norma. La antijuridicidad penal se entenderá aquí sólo como **juicio de desvalor** que parte de la **nocividad** jurídico-penal de un hecho, en cuanto el mismo supone una **lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal no justificada por un interés jurídico superior.** Este juicio no implica *todavía*, esto es, *por sí mismo,* la infracción de una norma primaria (imperativa) por parte de su destinatario concreto.[8]

11 En efecto, en cuanto imperativo *dirigido a un sujeto* (a todos y cada uno de los sujetos a los que quiere motivar), la norma primaria sólo puede ser infringida personalmente por dicho sujeto. El delito ha de ser un hecho penalmente antijurídico **personalmente prohibido** a su autor. La concreta infracción de la norma primaria, entendida como norma de determinación de un sujeto, no se decide sólo y definitivamente en el terreno objetivo (intersubjetivo) de la antijuridicidad penal, sino que afecta también al ámbito de la **imputación personal**.

---

característica de tipicidad. En España se ha acogido plenamente este concepto de delito: cfr. Mir Puig, Adiciones, p. 269, con referencias doctrinales; Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 20; Muñoz Conde, Teoría general del delito, p. 5; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 460; Cobo/Vives, PG, p. 230. Propone, en cambio, un concepto bipartito distinto Rödig, Lange-Festschrift, pp. 59 ss.

6. La distinción fundamental de antijuridicidad y culpabilidad fue tomada por von Liszt, en la 2ª ed. de su Tratado (1884), de su maestro Ihering, quien la había propuesto en 1867 para el Derecho civil. Sin embargo, ya antes Stübel (1805) distinguía entre injusto e imputación, y Luden (1840) diferenciaba acción, antijuridicidad y culpabilidad: cfr. Jescheck, Tratado, pp. 272 ss.; Welzel, Lb. p. 48 (trad. pp. 73 ss.). Padovani, RitDP 1983, pp. 532 ss. Téngase en cuenta, por lo demás, que la distinción de antijuridicidad y culpabilidad sucede históricamente a la de *imputatio facti* e *imputatio iuris* del derecho común: cfr. Silva/Baldó, La teoría, pp. 349 ss, 359 ss.

7. Así H. L. Günther, SK 1998, antes de § 32/17. También Freund, Strafrecht, 1/12 y ss., sosteniendo que es la norma de sanción (secundaria), y no la de conducta (primaria), la que determina el ámbito del injusto específicamente penal: *ibidem*, 2/10 y ss., 2/39 y ss, 2/43 y ss.

8. Hablo aquí de antijuridicidad en el sentido de la «antijuridicidad objetiva» a que me refiero en ADPCP 1994, pp. 8 s. Sobre la relación de la antijuridicidad con la norma primaria y las valoraciones que ésta presupone ver mi trabajo Valoraciones, normas cit., *passim*.

12 b) Pero el **término «culpabilidad»** no se utilizará —por las razones que enseguida se indicarán— para incluir los presupuestos de la imputación personal. Prescindiendo de él, se incluirá en la esfera de la imputación personal, tanto la indicada exigencia de infracción personal de la norma primaria, como la necesidad de un **sujeto penalmente responsable**. Comparto las reservas existentes frente al uso de la palabra «culpabilidad» en este contexto, no sólo por sus connotaciones moralizantes, sino, sobre todo, por la ambigüedad de su significado. Ya hemos visto que cuando se habla de «principio de culpabilidad» como límite político-criminal del *Ius puniendi*, se usa el término en un sentido amplio, que lo extiende a exigencias necesarias en todos los elementos de la definición de delito (cfr. Lección 4, IV 2): el principio de personalidad requiere un comportamiento humano, el de culpabilidad por el hecho remite a tipos de hecho y no de autor, el de responsabilidad subjetiva condiciona la antijuridicidad y, por supuesto, el de atribuibilidad a un sujeto responsable se corresponde con la exigencia de imputación personal (o culpabilidad *en sentido estricto*). Por lo demás, desde que el *finalismo* irrumpió en la teoría del delito, se abrió una discusión, aun no cerrada a nivel internacional, sobre si la culpabilidad incluye o no el *dolo* y la *culpa*.

13 La comprensión cabal de este debate presupone el conocimiento de la historia de la actual teoría del delito, que se examinará en la Lección siguiente. Aquí importa únicamente adelantar un resumen de las posiciones que en esta obra se adoptan ante las cuestiones discutidas que acaban de mencionarse.

14 2. Se sigue de todo lo anterior que *en esta obra se entiende el delito como un* ***hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable***. Esta definición tiene dos partes. La primera, la antijuridicidad penal, exige la **tipicidad penal** y la **ausencia de causas de justificación**. La segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una **infracción personal de la norma primaria** por parte de un **sujeto penalmente responsable**.

15 Por lo demás, al requerir que la antijuridicidad sea *penal* y que la misma sea imputable a un sujeto *penalmente* responsable, se hace innecesario añadir a la definición propuesta una nota independiente de **«punibilidad»**.[9]

16 A continuación desarrollaré algo más estos conceptos, sin perjuicio de tener que profundizar ulteriormente en ellos en Lecciones posteriores.

17 A) La antijuridicidad penal es una especie de **antijuridicidad**.

18 Las expresiones «hecho antijurídico» e **«injusto»** son equivalentes por lo que tiende a preferirse la segunda a causa de su mayor brevedad. En cambio —como señala Welzel—, «antijuridicidad» e «injusto» no coinciden: mientras que la «antijuridicidad» expresa una relación existente entre una acción y el Derecho, el «injusto» es el hecho contrario a Derecho. De ahí deduce el autor citado que el concepto de «antijuridicidad» —como relación— es el mismo en todas las ramas del Derecho, en tanto que el contenido del «injusto» —los hechos antijurídicos y sus presupuestos— puede variar en las distintas parcelas del ordenamiento jurídico.[10] Como sinónimo de «injusto» se usa a veces el término «ilícito»[11].

---

9. Lo que aquí se dice sobre estos conceptos habrá de ampliarse considerablemente en las Lecciones siguientes. Aquí sólo se pretende una primera aproximación introductoria.

10. Cfr. Welzel, Lb. p. 52 (=trad. p. 78).

11. Así, p. ej., Bacigalupo, Principios, p. 19.

La **antijuridicidad penal** supone una doble exigencia: a) *la lesión o puesta en peligro* de un bien juridico-penal lo suficientemente grave y necesitada de pena para que el legislador la haya previsto en un **tipo de delito**; b) que el bien jurídico correspondiente no entre en conflicto con otros intereses superiores que **justifiquen** su ataque. Ampliemos un poco más la explicación de estos dos aspectos: **19**

a) El Derecho penal ha de desear evitar lesiones en los bienes jurídicos más importantes, como la vida, la integridad física, la propiedad, el orden público, etc. El hecho antijurídico ha de verse ante todo como un hecho que compromete la existencia de bienes jurídicos: el **principio de dañosidad o lesividad** (*nullum crimen sine iniuria*), vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos (*supra*, Lec. 4, III 3), ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal. **20**

En los **tipos de delito** se describen las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales más graves y necesitadas de pena: p. ej., matar a otro, robarle o coaccionarle. Ello exige, por de pronto, la producción del *resultado típico* de lesión o puesta en peligro, pero también que dicho resultado sea imputable como tal a una *conducta humana peligrosa ex ante*. **21**

b) Pero no todo ataque típico a un bien jurídico-penal se halla desvalorado por el Derecho como contrario a sus intereses globales. Las **causas de justificación** (p. ej., la legítima defensa) excluyen la antijuridicidad del hecho. **22**

B) *El hecho penalmente antijurídico ha de ser* ***personalmente imputable***[12] a su autor. Ello requiere dos cosas: **23**

a) El injusto penal ha de ser imputable a la **infracción personal de una norma primaria**. Si el Derecho penal constituye un conjunto de normas dirigidas a motivar al ciudadano en contra del delito, lo intenta en primer lugar a través de las prohibiciones o mandatos en que consisten las **normas primarias**. Estas normas tratan de prevenir la producción de las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales previstas en los tipos penales no justificadas. Pero la norma sólo puede intentar legítimamente evitar tales hechos dirigiéndose a la mente de cada uno de sus destinatarios para que evite realizarlos cuando *él* pueda hacerlo. Si sus condiciones personales y/o situacionales son normales, el autor del injusto penal podrá haberlo evitado, por lo que infringirá la norma primaria. Aunque ello sucederá en la mayoría de los casos, puede no ocurrir. Ello no sucede cuando el **24**

12. También puede hablarse en este sentido de *imputación individual*, como algunos autores hacen, pero la expresión *imputación personal* enfatiza que la imputación que en este punto importa se refiere a condiciones del individuo características de su racionalidad como persona en el sentido moral. En esta línea Lampe, Roxin-Festschrift, p. 57, que coincide también en distinguir, como aquí, dos niveles de imputación a la persona.

sujeto no puede advertir personalmente la peligrosidad objetiva del hecho o es incapaz de evitarlo, y cuando no puede saber su objetiva antijuridicidad.

25 En términos técnicos, que en su momento se explicarán, en el primer grupo de casos existe una **imposibilidad personal de observar el deber objetivo de cuidado**, que puede proceder de un **error de tipo personalmente invencible**; y en el último caso se da el llamado **error de prohibición invencible**.

26 b) Una segunda condición de la imputación personal de la antijuridicidad penal es que pueda atribuirse a un **sujeto penalmente responsable**. Para que tenga sentido dirigir al sujeto la norma primaria basta que el autor tenga *alguna capacidad* para cumplir dicha norma, pero ello no es suficiente para que deba *penarse* al autor de la infracción. La responsabilidad penal del autor exige algo más que alguna posibilidad de cumplir el mandato de la norma primaria —cosa que basta sólo para el primer presupuesto de la imputación personal: la infracción personal de la norma primaria—. Exige que la capacidad de cumplimiento de la norma primaria exista en un *grado* tal que pueda considerarse *normal*. El autor es penalmente responsable cuando realiza el hecho en *condiciones psíquicas de normalidad motivacional* suficientes para que proceda la imposición de una pena. Falta, en cambio, cuando el infractor de la prohibición no puede ser motivado normalmente por la norma en tales términos. Para que sea lícito imputar un hecho prohibido a su autor como sujeto susceptible de ser penado, es preciso que éste haya podido recibir la llamada de la prohibición en unas condiciones mentales normales. No son penalmente responsables, pues, de los hechos penalmente antijurídicos y antinormativos que cometen, sujetos como los enfermos mentales, los menores de edad penal, los que actúan con miedo insuperable, etc.

27 Para que el *hecho* sea penalmente relevante, basta una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal prevista en un tipo penal. Esto último constituye el primer presupuesto exigido por la **norma secundaria** que impone la pena. Pero, además de esta relevancia penal del hecho, la norma secundaria requiere que el mismo sea *imputable a su autor* en términos en que sea legítimo *penarle* por su hecho penalmente antijurídico y antinormativo. Ello sólo sucede cuando el autor del hecho lo ha realizado en condiciones en que puede hacérsele penalmente **responsable**.

28 La irresponsabilidad penal del sujeto no impide ni la antijuridicidad penal del hecho ni la infracción personal de la norma. Ello se debe a que la anormalidad motivacional del sujeto no sólo no impide que el Derecho penal pueda seguir desvalorando el hecho como indeseable, sino tampoco prohibírselo a su autor, puesto que la *anormalidad* motivacional que aquí exigimos no excluye por completo la posibilidad de motivación normativa. Si las condiciones mentales del sujeto llegan a determinar no sólo una recepción anormal de la prohibición, sino incluso la *absoluta imposibilidad* de recibirla, dejará de tener sentido prohibirle el hecho, porque sería totalmente inútil. Faltará entonces, o bien un comportamiento humano, o bien, por lo menos, la propia prohibición personal, primer presupuesto de la imputación personal del hecho antijurídico.[13]

13. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 102 ss.; infra, Lec. 7, nota 29 y Lec. 20/30.

IV. ¿Es la «punibilidad» una categoría autónoma de la definición de delito?

29 Con frecuencia las definiciones de delito añaden a las notas de «comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable», la de que el mismo sea **«punible»**[14]. Se trata de una característica muy discutida que agruparía a ciertas condiciones *positivas* (**«condiciones objetivas de punibilidad»**) o *negativas* (**«causas personales de exclusión de la pena»**, **«excusas absolutorias»**) que en unos pocos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse y que se añadirían a la necesidad de antijuridicidad y «culpabilidad» (aquí, imputación personal). Su ausencia (si son positivas) o su concurrencia (si son negativas) no impediría la antijuridicidad ni la «culpabilidad» (aquí, imputación personal), sino sólo la conveniencia *político-criminal* de la pena por *otras razones* ajenas a la gravedad de la infracción (y, a veces, hasta al hecho mismo) o que nada tienen que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor, como razones de oportunidad, políticas, etc.[15] Un ejemplo de *condición objetiva de punibilidad*: la admisión a trámite de la solicitud de concurso es condición de las insolvencias punibles del art. 260, 2 CP.[16] Un ejemplo de *excusa absolutoria*: el parentesco muy próximo, como el que existe entre padres e hijos, hace impunes los hurtos entre ellos (art. 268 CP).[17]

30 Otros ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad serán contemplados *infra*, Lec. 6, V, en donde se trata más detenidamente este concepto. Otro ejemplo de excusa absolutoria, según la doctrina dominante, lo ofrece el art. 480 CP.[18] Junto a las excusas absolutorias cabe incluir también, bajo la rúbrica general de «causas personales de exclusión de la pena», las llamadas **«inviolabilidades»** o **«indemnidades»**: son inviolables el Rey, que según el art. 56, 3 Const. «no está sujeto a responsabilidad», los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones (art. 71, 1 Const.) (esto es extensible a los parlamentarios autonómicos: así, p. ej., art. 31, 2 Estatuto de Autonomía de Cataluña), el Defensor del Pueblo por las opiniones que formule o los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo (art. 6, 2 LO 3/1981), lo que se extiende a sus adjuntos (art. 6, 4 LO 3 1981), y los Magistrados del Tribunal Constitucional por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Estas inviolabilidades han de distinguirse de las **«inmunidades»**, que afectan a más cargos políticos y que no excluyen la punibilidad material del hecho, sino que suponen sólo ciertos *obstáculos procesales* que condicionan la posibilidad de su enjuiciamiento o de determinadas medidas procesales como la detención o el procesamiento.[19]

---

14. Este término procede del verbo «punir» (del latín «punire»), esto es, «penar», y significa, por tanto, «penable» (aunque este adjetivo no se usa), «castigable con una pena».

15. Según Roxin, AT, § 7/67, y § 23/21 ss., en estos casos decae la necesidad de punición por razones *políticas* o *político-jurídicas* ajenas al Derecho *penal*. Pero ello no sucede en todas las condiciones o excusas que suelen incluirse en la categoría de «punibilidad».

16. Cfr.: Cuello Calón, PG p. 637; Antón, p. 234; Córdoba, Notas I, p. 298; Quintano, Curso I p. 399.

17. En nuestro país así, p. ej.: Antón, PG, pp. 232 ss.; Muñoz Conde, Teoría, pp. 171 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 452, 462; Octavio de Toledo/Huerta, PG, pp. 385 ss.

18. Cfr. Octavio de Toledo/Huerta, PG, p. 397.

19. Cfr. Mir Puig, Responsabilitat, pp. 406 ss.

31 Algunos autores prefieren estudiar por lo menos una parte de la problemática de la «punibilidad» al filo de la *tipicidad*, aunque sea sin una justificación sistemática clara. Me inclino por entender que no se trata de una categoría unitaria, sino que hace referencia a **dos grupos de elementos** de distinta naturaleza: a) por una parte, las condiciones objetivas de punibilidad de las que depende la relevancia jurídico-penal del hecho con carácter *objetivo* (frente a todos los sujetos que intervienen en él, sea como autores, sea como partícipes); b) por otra parte, aquellas circunstancias que impiden castigar a *una determinada persona*, pero que no excluyen la objetiva relevancia penal del hecho ni, por tanto, la punibilidad de otras personas que participan en él[20] (así, el art. 268, 2 CP denomina «delito» a los hurtos y demás hechos entre parientes que considera impunes, y mantiene la punibilidad de los partícipes que no cuenten entre dichos parientes).

32 a) Las **condiciones objetivas de punibilidad** (*vid*. *infra*, Lección 6, V, con ejemplos) afectan al *carácter penal de la antijuridicidad del hecho* y de ellas depende, pues, el *injusto penal*. La antijuridicidad de un hecho no puede, ciertamente, condicionarse a que sea *penal*, pero sin este carácter es evidente que no será penal.

33 La antijuridicidad que importa a la teoría del delito debe ser una antijuridicidad *penal*, que, en su caso, pueda suponer la imposición de una pena y que se halle prevista en un tipo de delito. Sólo interesa, pues, el *injusto penal típico*. Mediante este concepto se efectúa la selección de los hechos penalmente relevantes. Esta selección se hace en primer lugar en base a la gravedad y a la peligrosidad del hecho antijurídico —lo que se llama la cantidad o grado de lo injusto del hecho—, pero también en atención a consideraciones político-criminales distintas (de oportunidad o conveniencia de la pena), y hasta independientes del hecho mismo. Éste es el fundamento de las condiciones de punibilidad que condicionan la objetiva relevancia jurídico-penal del hecho. Ciertamente, se basan en razones de Política criminal diferentes a la cantidad de injusto del hecho (y, por tanto, a su contenido de antijuridicidad material), pero no por eso dejan de condicionar su antijuridicidad *penal*.

34 Puesto que el tipo penal es el concepto que sirve para seleccionar los hechos que son penalmente relevantes, lo más oportuno parece incluir *todos* los elementos que condicionan la objetiva punibilidad de un hecho —tanto si afectan a la gravedad del injusto, como si obedecen a otras razones político-criminales— en el tipo penal. Éste aparecerá, entonces, no sólo como «tipo de injusto», sino como **«tipo de injusto penal»**.

35 En el tipo penal se incluyen, por tanto, no sólo los presupuestos específicos de la infracción de la norma primaria, sino también presupuestos de aplicación de la norma secundaria que se refieren a la objetiva relevancia penal del hecho (vid. supra, 1 B).[21]

---

20. Aunque no suele fundamentarse, esta distinción de dos grupos de factores relativos a la punibilidad se efectúa por algunos autores: p. ej., Maurach, Tratado I pp. 296 ss. y II pp. 90 ss.; Rodríguez Devesa, PG pp. 401 ss. y 626 ss. También, menos claramente, Mezger, Tratado, I, pp. 301 ss. y nota 13.

21. Cfr. Silva, Aproximación, pp. 415 ss.

b) **El segundo grupo** de circunstancias mencionadas (como determinado parentesco en el hurto, en el ejemplo antes mencionado), que impiden castigar a una determinada persona (aquí se habla de **«excusas absolutorias»** y de **«causas personales de exclusión o levantamiento de la pena»**), al no afectar a la objetiva relevancia penal del hecho, no pueden impedir que subsista su antijuridicidad penal típica. Frente a estos elementos caben, entonces, dos actitudes. Por una parte, puede sostenerse que, no excluyendo ni el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto, *no impiden la presencia de un «delito»*, sino, sólo, excepcionalmente, el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona.[22] Por otra parte, si sólo se entendiera por «delito» el hecho concreta y personalmente «punible», debería exigirse la concurrencia de los elementos personales referidos en el seno de una *categoría de «punibilidad» posterior* a las de antijuridicidad e imputación personal. Me inclino por la primera solución, más acorde con el significado de objetivo desvalor que tiene el término «delito».[23] **36**

Más allá de estos supuestos, excepcionales, **la punibilidad afecta a todas las categorías del delito**, que es ante todo un hecho *punible*. La decisión acerca de lo que es no sólo dañoso e imputable a su autor, sino también punible, condiciona el contenido y los límites del injusto penal y de la imputación personal jurídico-penal. La selección de los hechos penalmente típicos no depende sólo de su dañosidad social, sino también de que parezca necesaria y oportuna su conminación penal. La exclusión del injusto penal también puede deberse al decaimiento de la suficiente necesidad de pena.[24] Por último, también las causas de exclusión de la responsabilidad penal se van ampliando históricamente a medida que aparecen tratamientos alternativos preferibles a la pena. Tendría sentido, por ello, definir el delito como un comportamiento humano *penalmente* antijurídico e imputable a su autor. Y ésta es la razón por la que en esta obra se habla de antijuridicidad *penal*, tipicidad *penal* y responsabilidad *penal*. **37**

22. Así Cobo/Vives, PG, p. 236, que afirman lo mismo de las condiciones objetivas de punibilidad (pp. 396 ss.).

23. Especialmente conveniente resulta poder calificar de «delito» los hechos típicamente antijurídicos y personalmente imputables que puedan cometerse bajo una situación de inviolabilidad personal como la del Rey.

24. Ha destacado especialmente este aspecto Günther, Strafrechtswidrigkeit cit., *passim*. De acuerdo en principio, pero con otra terminología, Luzón, Curso, pp. 563 s. Bacigalupo, La Ley cit., p. 3, considera preferible incluir estos casos en una categoría posterior a la de antijuridicidad que, como Maurach, llama «responsabilidad por el hecho».

Lección 6.
LA ANTIJURIDICIDAD PENAL: TEORÍA GENERAL

Bibliografía

Ambos, Ernst Belings Tatbestandlehre und unser heutiger "postfinalistischer" Verbrechensbegriff, JA 2007; *Bajo*, Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal, en InDret 3/2008; *Bustos*, Bases críticas de un nuevo Derecho penal, Bogotá, 1982, pp. 3-62; *el mismo*, Control social y sistema penal, 1987, pp. 125 ss., 141 ss.; *Cardenal Montraveta,* El tipo penal en Beling y los neokantianos, 2002 (=http://www.tdcat.cesca.es); *el mismo*, Algunos antecedentes de la discusión actual sobre la orientación y el método de la ciencia del Derecho Penal, en Díaz y García/García Amado (coords.), Estudios de filosofía del derecho penal, 2006; *Cuello Contreras*, Falsas antinomias en la teoría del delito, ADPCP 1991, pp. 791 ss.; *Escudero García-Calderón*, La relación de violación de deber en la antijuridicidad, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Feijóo*, El injusto penal y su prevención ante el nuevo CP de 1995, 1997; *el mismo*, Normativización del Derecho penal y realidad social, 2007; *Frisch/Robles*, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal, 2006; *Gil Gil*, Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto, en RDPCr nº 15, 2005; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Hassemer*, Persona, mundo y responsabilidad, 1999; *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit, I, 1903 y II 1905; *Gracia Martín*, Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen" und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau, en Festschrift für Tiedemann, 2008; *Huerta Tocildo*, Sobre el contenido de la antijuricidad, 1984; *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, en Festschrift für H. Welzel, 1974, pp. 393 ss.; *Arthur Kaufmann*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, en Festschrift für Klug, 1983, pp. 277 ss.; *Larrauri*, Función unitaria y función teleológica de la antijuricidad, ADPCP nº 48 (1995); *Lascuraín*, La tipcicidad penal en la jurisprudencia constitucional, en LH al Prof. González-Cuéllar, 2006; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht, 2009; *Martínez-Buján*, El contenido de la antijuridicidad, 2013; *Mazzacuva*, Il disvalore di evento nell'illecito penale, 1983; *Melendo Pardos*, Valores de la acción y bienes jurídicos: Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en Welzel, en RDPC (2) 2009; *Mir Puig*, Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, en ADPCP 1994, pp. 5 ss. (=*el mismo*, Estado pena y delito, Montevideo 2006, pp. 261 ss.); *el mismo*, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en A.A.V.V., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, UNED, 2001, pp. 389 ss.(= http://criminet.ugr.es/recpc/05); *el mismo,* Valoraciones, normas y antijuridicidad penal, en Libro-Homenaje a Cerezo Mir, 2002, pp. 73 ss. (hay versión *on line* posterior corregida en www.mundojuridico.adv.br. y en RECPC 06 (2003), www.criminet.ugr.es/recpc/06, y en alemán en GA, 12 (2003), pp. 863 ss.); *el mismo,* Límites del normativismo en Derecho penal, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005 (= http://criminet.ugr.es/recpc/07); *el mismo*, Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert, en Festschrift für R.D. Herzberg, 2008; *el mismo*, Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal, en A.A.V.V., Estudios penales en homenaje a E. Gimbernat, 2. v., 2008; *Molina*, Antijuricidad penal y sistema del delito, 2001; *Moro*, La antijuricidad, Buenos Aires, 1949; *Muñoz Conde*, Edmund

Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo, 2001; *Nagler*, Der Begriff der Rechtswidrikgeit, en Festgabe für R. Frank, I, 1930, pp. 339 ss.; *Navarro Frías*, Mandato de determinación y tipicidad penal, 2010; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW, 87 (1975), pp. 539 ss.; *Padovani*, Diritto naturale e legge positiva nella teoria del reato di F. Carrara, en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 603 ss.; *Petrocelli*, L'antigiuridicità, 1966; *Polaino Navarrete*, Finalismo y postfinalismo: hitos históricos de Dogmática penal, en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *Porciúncula*, Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno, 2014; *Poveda*, Fundamentación material del injusto. Entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma, AP 1998-1, pp. 407 ss.; *Reyes Echandía*, La antijuricidad, 3ª ed., Bogotá, 1981; *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht. Der Vorrang von ex-ante Betrachtung gegenüber ex-post Betrachtung bei der strafrechtlichen Zurechnung, 2006; *Salazar Marín*, Autor y partícipe en el injusto penal, Bogotá, 1992; *Salvador*, Tipicidad penal e sociedade de risco, 2006; *Sánchez Lázaro*, Técnica legislativa y antijuricidad, ADPCP 2006*; el mismo*, Un problema de antijuridicidad. Sobre la racionalización de los contenidos de oportunidad a través de la teoría jurídica del delito, ADPCP, 2007; *Sancinetti*, Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito, en InDret 3/2008; *Santana Vega*, La fundamentación del injusto a la luz de sus teorías y de los principios informadores del Derecho penal, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Schünemann*, La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 205 ss.; *Silva*, Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Sola Reche*, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, ADPCP 1994 (Fasc I), pp. 167 ss.; *Suárez Montes*, El injusto penal en el código de 1995, LH Torío López, 1999, pp. 551 ss.; *Torío*, Elementos teleológicos y científicos en el tipo de injusto, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 817 ss.; *Vassalli*, La dottrina italiana dell'antigiuridicità, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 427 ss.; *Vela Treviño*, Antijuridicidad y justificación, 2ª ed., México1986; *Zielinski*, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, (Sancinetti trad.), Buenos Aires, 1990; *Zippelius*, Der Aufbau der modernen Unrechtslehre, 1953.

(Ver además la bibliografía de la Lección anterior).

I. Elementos generales de la antijuridicidad penal

1 La antijuridicidad penal requiere la realización de un **tipo penal sin causas de justificación**.

2 1. A) a) El primer requisito de la antijuridicidad penal es la **tipicidad penal**. Un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, como el asesinato, el robo, la estafa, la falsificación de documento público, etc. Ello asegura la *relevancia penal* del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino sólo los que realizan un tipo de delito. El estudio de los distintos tipos de delito constituye el objeto de la Parte Especial del Derecho penal. La teoría general del delito se ocupa, en cambio, de los elementos generales de ciertas clases muy generales de tipos: el tipo doloso, el tipo imprudente, el tipo de omisión, los tipos de imperfecta realización y los tipos de autoría y participación.

3 Conviene aquí adelantar en forma esquemática y necesariamente simplista estos conceptos, a los que habrá que aludir en diversas ocasiones antes de su análisis pormenorizado. El **tipo doloso** (cfr. Lección 10) requiere el *dolo*, que

supone la realización voluntaria del hecho. Ej.: si alguien dispara contra otra persona con ánimo de matarla y la mata, realiza un tipo doloso de homicidio. El **tipo imprudente** (cfr. Lección 11) (también llamado **«culposo»**, expresión que no hay que confundir con la de «culpable», bien distinta) requiere la producción de una lesión no querida por el autor pero sí imputable a la inobservancia del cuidado debido (*imprudencia o culpa*). *Ej.:* el conductor atropella a un peatón por exceso de velocidad. El **tipo de omisión** (cfr. Lección 12) no describe la realización de una conducta activa, sino la no realización de una acción determinada. *Ej.:* alguien abandona el lugar de un accidente que ha causado sin socorrer a un herido que lo necesita. Los **tipos de imperfecta ejecución** (cfr. Lección 13) se realizan cuando el sujeto no logra la consumación de un delito pese a haber practicado todos o parte de los actos de ejecución del mismo (**tentativa**). Ej.: el disparo no logra dar en el cuerpo de la víctima, o no puede llegar a ser efectuado por la presencia de la policía. **Autor** es el que realiza el tipo previsto, en principio, en la Parte Especial del Derecho penal, en donde se prevén las lesiones o puestas en peligro que quiere evitar la ley penal —por lo que el autor es el sujeto de dichos hechos—. **Partícipe** es el que **induce** o **coopera** a la ejecución del hecho del autor. *Ej.:* es autor del asesinato el que envenena a otro, mientras que es partícipe de dicho delito el que induce a hacerlo (cfr. Lecciones 14 y 15).

4 b) La tipicidad es una exigencia del **Estado de Derecho**, vinculada al **principio de legalidad**. La efectiva realización de este principio requiere no sólo que los delitos y las penas se hallen previstas por una ley anterior (*aspecto formal* del principio de legalidad), sino también que tal ley determine con suficiente precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas: **«mandato de determinación»** de la ley penal (*aspecto material* del principio de legalidad). Un Derecho penal que no definiese de forma diferenciada las distintas clases de conductas típicas, sino que se limitase a castigar al que «causare un mal a otro» o acudiese a otras cláusulas generales semejantes, no respetaría la exigencia de determinación, porque tales cláusulas no permitirían al ciudadano saber con una mínima seguridad qué comportamientos entrarían en ellas. La técnica de descripción de tipos de conducta pretende evitar este inconveniente.[1]

5 De ahí que sea censurable, desde el prisma del Estado de Derecho, que el legislador utilice en la redacción de los tipos **términos excesivamente vagos o cláusulas generales**, salvo que ello resulte absolutamente inevitable. Piénsese en expresiones a veces empleadas por la ley como «paz pública» (art. 557 CP), «libertad sexual» (art. 178), etc.

---

1. Existe acuerdo en esto. Cfr. p. ej., especialmente, Roxin, Política criminal, pp. 43 ss.; *el mismo*, AT, § 10/2, aunque en el §7/55-57 acentúa además la función de *prevención general* que corresponde a la tipicidad, función con la que estaría en tensión la función de garantía.

6 Utilizamos la terminología «tipo penal» en el sentido de conjunto de elementos «típicos», es decir, específicos de una clase de delito, mediante los cuales ésta se distingue de otras formas delictivas.[2] En este sentido, el tipo no equivale al supuesto de hecho antijurídico, no equivale al hecho antijurídico completo, sino sólo a lo específico de una clase de injusto. Para que un hecho sea penalmente antijurídico, es preciso algo más que la realización de los elementos específicos de un tipo penal: es precisa la ausencia de causas de justificación.

7 B) Todo tipo penal exige una **«acción»** o **«comportamiento humano»**. El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho sólo puede tratar legítimamente de evitar lesiones de bienes jurídico-penales mediante valoraciones y normas. Las valoraciones jurídico-penales pueden empezar por extenderse a resultados nocivos en la medida en que ello pueda servir de punto de partida para la desvaloración y, en su caso, prohibición, de las conductas humanas que pueden producir tales resultados. Sólo cabe desvalorar como penalmente antijurídicas las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales que sean imputables a un comportamiento humano, porque sólo éste puede ser prohibido a alguien por una norma que se dirija a sus destinatarios tratando de determinarles en contra del delito. Aunque la doctrina discute sobre el contenido de este concepto, existe acuerdo en que la conducta humana requiere una determinada *voluntad* (Cfr. *infra*, Lección 7).

8 2. El segundo requisito de la antijuridicidad penal es la **ausencia de causas de justificación**. El hecho que realiza un tipo penal (p. ej., un homicidio) no es antijurídico cuando se efectúa bajo el amparo de una causa de justificación. Son causas de justificación previstas en el Código penal español la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

II. Antijuridicidad penal formal y material

Bibliografía

Heinitz, El problema de la antijuricidad material, trad. R. Goldschmidt, Córdoba, 1947 (el texto alemán orig. de 1926, en Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 211); *el mismo*, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, en Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 266 ss.; *Jakobs*, ¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en Doctrina y Jurisprudencia penal, nº 1 (2000), pp. 151 ss.

9 En **sentido formal** antijuridicidad penal significa la *relación de contradicción* de un hecho con el Derecho penal. Pero este concepto no responde a la cuestión de qué *contenido* ha de tener un hecho para ser penalmente antijurídico o, lo que es lo mismo, de ¿por qué un hecho es contrario al Derecho penal? A dar

2. Cfr. Gallas, pp. 26 ss.; Jescheck, Tratado, p. 334 (pero estos autores no comparten la distinción entre «tipo» y «supuesto de hecho» antijurídico que se efectúa infra, n.º 31); Roxin, AT, § 10/19.

respuesta a esta cuestión viene el concepto de **antijuridicidad penal material**.[3] No se trata de limitarse a constatar que son penalmente antijurídicos los hechos que el Derecho penal define como tales —los comportamientos humanos típicamente antijurídicos—, sino de analizar qué es lo que tienen estos hechos para que el Derecho penal haya decidido desvalorarlos. En ello consistirá la antijuridicidad penal material —o también, su contenido de injusto—.

10 Según la opinión tradicional, la antijuridicidad material de un hecho se basa en su carácter de **lesión o puesta en peligro de un bien jurídico**.[4] A ello se añade la **ausencia de un interés prevalente** que justifique el hecho.[5] Ambos aspectos se han considerado características del hecho contemplado *ex post*, como *resultado* disvalioso («desvalor de resultado»). En la actualidad se destaca la necesidad de atender también a la **peligrosidad de la conducta** desde una perspectiva *ex ante*, mientras que se discute el papel tradicional del «desvalor de resultado». Por otra parte, hoy suele incluirse en lo injusto no sólo el aspecto objetivo del hecho, sino también el **aspecto subjetivo** representado por la *finalidad* que guía la acción. También esto influye en el «desvalor de la conducta». El carácter *penal* de la antijuridicidad que importa al Derecho penal obliga, finalmente, a incluir en su contenido material el significado de **relevancia penal** que aporta la tipicidad penal. Todos estos aspectos serán desarrollados en la presente Lección. Pero para su comprensión cabal convendrá empezar exponiendo la evolución histórica del actual concepto de antijuridicidad y su relación con el de tipicidad.

III. Evolución histórica del concepto de antijuridicidad y su relación con la tipicidad

1. *Lo objetivo y lo subjetivo en la antijuridicidad*

Bibliografía

Ambos, 100 Jahre Belings "Lehre vom Verbrechen": Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?, en Zeitschrift f. intern. Strafrechtsdogmatik, nº 10/2006, www.zis-online.com ; *el mismo*, Ernst Belings Tatbestandslehre und unser heutiger "postfinalistischer" Verbrechensbegriff, en JA 1/2007; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Baratta*, Positivismo giurídico e scienza del diritto penale, 1966; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; *el mismo*, El rector de los tipos de delito, trad. Prieto Castro/Aguirre Cárdenas, 1936; *el mismo*, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; *Cancio*, ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?, en LH al Prof. E. Bacigalupo, 2004; *Cerezo*, Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta, en RDPCr nº 12, 2003; *Cerezo Mir*, Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982, pp. 15 ss. y 25 ss.; *el mismo*, El finalismo hoy, ADPCP 1993, pp. 5 ss.;

3. La distinción de antijuridicidad formal y material procede de von Liszt, Tratado II, pp. 336 ss.

4. Cfr. p. ej., von Liszt, loc. cit.; Antón Oneca, PG p. 180; Jescheck, Tratado, p. 316; Roxin, AT, § 14/4-5. Otro punto de vista adopta Jakobs, p. ej. en ¿Qué protege el Derecho penal...? cit., pp. 154 (El Derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos) y ss.

5. Así ya von Liszt, loc. cit.

Córdoba Roda, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, 1963; *Cuello Contreras*, Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: Más allá del ontologismo y el normativismo, en RECPC (8) 2006; *Díez Ripollés*, Los elementos subjetivos del delito, 1990; *Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, en Festschrift deutscher Juristentag, 1960, I, pp. 401 ss.; *Fischer*, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911, reimpr. 1966; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual, trad. Córdoba Roda, 1959; *Gil Gil*, Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto, RDPC 2005, pp. 95 ss.; *Gimbernat*, El sistema del Derecho penal en la actualidad, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990, pp. 162 ss.; *González Cussac*, El desarrollo de las sistemáticas objetivas, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J. R. Casabó, 1997, pp. 393 ss.; *Hassemer*, Sachlogische Strukturen –noch zeitgemäß ?, en Festschrift für H. J. Rudolphi, 2004; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), pp. 19 y 184; *el mismo*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen der Allgemeinen Verbrechensbegriffs, en Festgabe für R. v. Frank, I, 1930, reimpr. 1969, pp. 251 ss.; *Herzberg*, Gedanken zur finalen Handlungslehre, en Festschrift für Androulakis, 2003; *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling..., ZStW 73 (1961), pp. 179 ss. (=el mismo, Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft, 1980, pp. 161 ss.); *Jiménez de Asúa*, La teoría jurídica del delito, 1931; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *Larenz*, Metodología de la ciencia del Derecho, 2ª ed. esp. trad. Rodríguez Molinero, 1980, pp. 113 ss.; *Maraver*, La recepción del finalismo en España…, en Rev. Jurídica (Univ. Autónoma de Madrid), nº 5, 2001, pp. 165 ss.; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, en GS 89 (1924), pp. 207 ss.; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=*el mismo*, Estado pena y delito, Montevideo 2006, pp. 117 ss.); *el mismo*, La perspectiva ex ante en Derecho penal, ADPCP 1983, pp. 5 ss. (=*el mismo*, Estado pena y delito, Montevideo 2006, pp. 175 ss.); *el mismo*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988, pp. 661 ss. (=*el mismo*, 208 ss.); *el mismo*, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, ADPCP 1994, pp. 5 ss. (=*el mismo*, Estado pena y delito, Montevideo 2006, pp. 261 ss.); *el mismo,* Límites del normativismo en Derecho penal, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005 (=Estado pena y delito, Montevideo 2006, pp. 320 ss. y http://criminet.ugr.es/recpc/07); *Montiel*, Cazando el mito del positivismo diabólico y del formalismo ingenuo en el Derecho penal, en InDret 1/2011; *Niedermair*, Tateinstellungsmerkmale als Strafbedürftigkeitskorrektive, ZStW 106 (1994), pp. 388 ss.; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *Novoa Monreal*, Causalismo y finalismo en Derecho penal, 2ª ed., Bogotá, 1982; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *Ortiz de Urbina*, La excusa del positivismo, 2007; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), pp. 539; *Polaino Navarrete*, Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español, 1972; *Radbruch*, Zur Systematyk der Verbrechenslehre, en Festgabe f. Frank, 1930, pp. 158 ss.; *Rodríguez Mourullo*, El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel, en Boletín de la Universidad Compostelana, nº 73, 1965; *Rodríguez Muñoz*, La doctrina de la acción finalista, 2ª ed., 1978; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungswerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, en Festschrift für R. Maurach, 1972, pp. 55 ss.; *Sauer*, Zur Grundlegung des Rechts, ZStW 36 (1915), pp. 449 ss.; *Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselemente im Strafrecht, 1934; *Silva/Baldó*, La teoría del delito en la obra de M. de Lardizábal, en Libro-Homenaje a Rodríguez Devesa, pp. 349 ss.; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Suárez Montes*, Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo, 1963; *H. v. Weber*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *Welzel*, Naturalismus und Werthphilosophie im Strafrecht, 1935; *el mismo*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 10 Jahre im Strafrecht, JuS 1966, pp. 421 ss.; *el mismo*, Introducción a la filosofía del Derecho, 2ª ed., trad. González Vicén, 1971.

(Ver además la bibliografía de la Lección anterior y las de la presente).

11 Desde que se distingue de la culpabilidad, el concepto de injusto sufre una evolución que va desde su entendimiento como parte objetiva del hecho punible, hasta la introducción en su seno de las componentes subjetivas de la acción.[6]

6. Sobre antecedentes anteriores cfr. Silva/Baldó, La teoría del delito, pp. 359 s., 365 ss.

12 A) El **positivismo** del último tercio del siglo XIX y de comienzos del XX, origen de las bases del moderno concepto de delito,[7] concibió la antijuridicidad como referida únicamente a la componente *objetiva* (externa) de la acción (así, en la concepción *clásica* de von Liszt[8] y Beling).[9] Ello era coherente con la mentalidad positivista que trató de imitar el modelo, entonces en auge, de las ciencias de la naturaleza, porque: 1º) La división del delito en parte objetiva (externa) —objeto de la antijuridicidad— y parte subjetiva (interna) —objeto de la culpabilidad— es la primeramente aprehensible por los sentidos (**positivismo *naturalista***), a la vez que constituye un ejemplo típico de clasificación en base a una descripción meramente *formal y externa*, atenta sólo a las «*partes*» del delito y no a su esencia material (**positivismo formalista**); 2º) El hecho antijurídico se describe como las ciencias naturales describen cualquier otro hecho de la naturaleza, esto es, como un *proceso causal*: Se parte del resultado lesivo y se exige únicamente que haya sido *causado* por un movimiento corporal de un hombre *causado* a su vez por un impulso voluntario (dejando fuera del hecho, sólo para poder *culpar* del mismo a su autor, la cuestión de si dicho impulso voluntario se dirigía conscientemente o no (dolo) a realizar el hecho. Si la antijuridicidad califica al hecho, y este hecho se concebía como mero proceso causal, con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se refiriese solamente al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción. De ahí la concepción del contenido material de la antijuridicidad como *causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin causas de justificación*. De ahí también que esta concepción se conozca como **causalismo**.

13 B) La **metodología neokantiana**, que junto a las ciencias naturales y las matemáticas afirmó las «ciencias del espíritu» o «culturales» como esencialmente referidas a valores e incluyó en ellas a la ciencia del Derecho (Stammler, Rickert y Lask, a nivel jurídico general, y Radbruch, M. E. Mayer, Sauer y, en especial, Mezger, para el Derecho penal), no se contentó con la *descripción* externa de las características del delito, sino que buscó explicarlas desde su *significado valorativo*. La antijuridicidad apareció entonces como *juicio de desvalor* sobre el hecho. Pero no se abandonó el punto de partida objetivista del positivismo: en principio, la antijuridicidad se integraba sólo de los elementos objetivos de la acción, que siguió considerándose causalmente. Lo injusto se concebía, según esto, como infracción de la «*norma de valoración*» del hecho objetivo (como **desvalor de resultado**), a diferencia de la culpabilidad, a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción de la «*norma de determinación*» dirigida a la voluntad (así Mezger).[10]

---

7. Cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 208 ss.; Welzel, Naturalismus, pp. 22 ss.
8. Cfr. von Liszt, Tratado, II, pp. 262, 339 s., 387 s., 424 ss.
9. Cfr. Beling, Lehre vom Verbrechen, pp. 178 ss.
10. Cfr. Mezger, Tratado, I, p. 282; el mismo, GS 89, pp. 240, 242.

14 Sin embargo la concepción de la antijuridicidad como juicio de *desvalor* sobre el hecho obligó a admitir que en ocasiones aquélla depende de la concurrencia de *elementos subjetivos* sin los cuales el hecho no puede ser desvalorado en absoluto y que, por ello, la ley exige en la propia descripción del tipo. Así, el tipo del hurto (art. 234 CP) requiere el «ánimo de lucro» en la acción de tomar la cosa de modo que sin él este hecho sería irrelevante para el Derecho penal. Más claro es aún el ejemplo de la *tentativa*, cuyo mismo concepto hace precisa la finalidad de consumar el delito. Surgieron así los llamados **«elementos subjetivos del tipo»** —o del injusto—, como excepción al carácter objetivo del injusto.[11]

15 Pero ello conducía a una concepción *contradictoria* de la antijuridicidad. En primer lugar, no se avenía bien con el carácter objetivo del injusto la presencia en él de ciertos elementos subjetivos. En segundo lugar, no era coherente con la naturaleza valorativa de la antijuridicidad que ésta no requiriese ni dolo ni imprudencia (que no se exigían hasta la culpabilidad), pues ¿cómo es posible «desvalorar» un mero proceso causal no debido por lo menos a imprudencia, es decir, prudente? (sobre los conceptos de dolo e imprudencia cfr. Lecciones 10, II, y 11, I, respectivamente).

16 C) El giro metodológico operado por el **finalismo** de Welzel desde 1930 determinó el abandono por esta dirección de la concepción objetiva del injusto. El finalismo parte de la existencia de ciertas *«estructuras lógico-objetivas»* que pertenecen a la *«naturaleza de las cosas»* y el legislador y la ciencia no pueden sino respetar (frente a lo que mantenía el *relativismo subjetivista* neokantiano).[12] La **acción final** (guiada por una finalidad) es para Welzel una de esas estructuras ontológicas. Por consiguiente, la ley y la construcción dogmática del delito deben partir de ese concepto, y no es admisible sustraer al hecho en ningún momento la intención que lo preside.[13] Si la antijuridicidad es un juicio sobre *el hecho*, dependerá, pues, no sólo de sus elementos objetivos, sino también, de forma esencial, del elemento subjetivo de la finalidad. Así, en los delitos dolosos, **el dolo ha de considerarse componente esencial del injusto, y no de la culpabilidad**.[14] El «desvalor del resultado» (la objetiva causación de una lesión) sólo

11. Fischer, desde el prisma del Derecho civil fue el primero en advertir que la ley requiere a veces la presencia de elementos subjetivos en el injusto: op. cit. (1911), pp. 28 s., 293. Para el derecho penal inició la teoría Hegler, op. cit. (1915), pp. 31 ss. La desarrollaron fundamentalmente M. E. Mayer, Lb (1915), pp. 10 ss., 185 s.; Sauer, ZStW 36 (1915), p. 467, y Mezger, GS 89 (1924, pp. 207 ss.).

12. Cfr. Welzel, Introducción, pp. 33, 253, 257; Mir Puig, Introducción, pp. 247 ss.; Córdoba Roda, Nueva concepción, pp. 37 ss.

13. Cfr. Welzel, Nuevo sistema, pp. 14 ss.

14. Cfr. Welzel, Lb p. 61, donde formula su famoso «argumento de la tentativa»; si la doctrina neoclásica aceptó ampliamente que en la tentativa (cfr. Lec. 13) el dolo —voluntad de consumar el hecho— constituye un elemento subjetivo del injusto, también debe advertirse, coherentemente, que el dolo siga

importa en cuanto obra de una conducta final, es decir, dentro del **«desvalor de la acción»** (concebida finalmente).[15] Esta es la consecuencia más importante del concepto final de acción.

17 D) Hoy admiten amplios sectores la **sistemática finalista** —el dolo y, por tanto, la imprudencia afectan al injusto— prescindiendo de la concepción final de la acción y de la metodología del finalismo:[16] parecidas consecuencias cabe deducir de la propia *esencia de la antijuridicidad* y, especialmente, de la **función político-criminal del Derecho penal**. Personalmente comparto este último punto de partida,[17] que ya esbocé en la Lección anterior y que desarrollaré y matizaré más abajo.

2. *Relación de tipicidad y antijuridicidad*

Bibliografía

Ballvé, La teoría del delito según Beling, en los Anales de la Junta para ampliación de Estudios e Investigaciones científicas, 1913; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; *el mismo*, Die Lehre vom Tatbestand, 1930 (=El rector de los tipos de delito, trad. Prieto Castro/Aguirre Cárdenas, 1936); *Cerezo*, El delito como acción típica. Evolución del concepto dogmático de tipo, en Libro-Homenaje a Antón Oneca, 1982, pp. 163 ss.; *Delitala*, Il fatto nella teoria generale del reato, 1930; *Engisch*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, en Festschrift für E. Mezger, 1954, 127 ss.; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual, trad. Córdoba Roda, 1959; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *Jiménez Huerta*, La tipicidad, México, 1955; *Mir Puig*, Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert, *en Festschrift für R.D.Herzberg*, 2008; *el mismo*, Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal, en A.A.V.V., Estudios penales en homenaje a E. Gimbernat, 2. v., 2008; *Mezger*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, en Festschrift für Traeger, 1926; *el mismo*, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, pp. 2 ss.; *Reyes Echandía*, La tipicidad, 5ª ed., Bogotá , 1981; *Röttger*, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, 1993; *Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, en Festschrift für Engisch, 1969, pp. 433 ss.; *Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957.

(Ver además la bibliografía del Capítulo anterior y la restante de éste).

Sobre la teoría de los elementos negativos del tipo ver las siguientes obras:

Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, en Festschrift deutscher Juristentagung, 1960, I, pp. 401 ss.; *Gimbernat*, El sistema del Derecho penal en la actualidad, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981, pp. 131 ss.; *Arthur Kaufmann*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, pp. 653 ss. (=el mismo, Schuld und Strafe, 1966, pp. 102 ss.); *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *Huerta Tocildo*, Sobre el contenido de la antijuricidad, 1984; *Minas-v. Savigny*, Juta, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; *Ortiz de Urbina*, De moscas y agresores muertos: argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar) de la teoría de los

integrando el injusto si el sujeto logra consumar el delito: «¿cómo puede depender de si el disparo da o no en el blanco que el dolo sea un elemento del injusto o de la culpabilidad?».

15. Cfr. Welzel, Lb p. 62.

16. Cfr. así Gallas op. cit., p. 46; Jescheck, Tratado, p. 324; Wessels, AT (1975), p. 31 (5 III 4); Bockelmann, AT (1975), § 12 A II; Roxin, AT, § 10/62 ss.; Gimbernat, Estudios, pp. 172 ss.; Quintero Olivares, Introducción, pp. 93 s., 101 ss.

17. Cfr. ya Mir Puig, Introducción, p. 58.

elementos negativos del tipo, InDret 2008; Puppe, Der Typusbegriff, eine Denkform?, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2ª ed., 1970 (=el mismo, Teoría del tipo penal, trad. Bacigalupo, Buenos Aires, 1979); *H. v. Weber*, Negative Tatbestandsmerkmale, en Festschrift für Mezger, 1954, pp. 183 ss.

18 Para que una conducta antijurídica constituya delito es preciso que sea penalmente típica, es decir, que se ajuste a alguna de las figuras de delito previstas, generalmente, en los Libros II y III del Código penal o en leyes penales especiales. Sobre esto existe acuerdo en la doctrina, pero no en cuanto al preciso sentido y contenido del tipo. Éstos dependen de la relación que se afirme entre tipicidad y antijuridicidad.

19 Históricamente se han sucedido distintas concepciones de esta relación. En la actualidad persiste la división de opiniones.

20 A) **Beling**, creador del moderno concepto de tipo, lo concibió con **total independencia de la antijuridicidad** (definía el delito como acción típica, antijurídica, culpable...). La presencia de tipicidad no supone para este autor ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, sino sólo la constatación lógica de que el mismo es subsumible en una figura de delito. De ello se sigue que la tipicidad no implica la antijuridicidad de la acción: el hecho típico (por ejemplo: matar) puede no ser antijurídico, lo que sucederá cuando concurran causas de justificación (p. ej.: matar en legítima defensa). La relación de tipicidad y antijuridicidad es, pues, puramente lógica —no valorativa—,[18] según el esquema de regla (tipicidad) / excepción (ausencia de antijuridicidad).

21 B) El **neokantismo**, al introducir la idea de valor en la teoría del delito, llevó a autores como Sauer y Mezger a sustituir la concepción valorativamente neutra del tipo de Beling por su entendimiento como **juicio provisional de desvalor** (de antijuridicidad).

22 a) Sin tipicidad no cabe antijuridicidad: de ahí se dedujo que la tipicidad no se halla desvinculada de la antijuridicidad ni es sólo la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, sino su propia ***ratio essendi***. Quiere decirse con esto que la tipicidad de una conducta no es sólo un indicio (ratio cognoscendi) que permite suponer su antijuridicidad, sino que ésta, cuando concurre con relevancia jurídico-penal, procede (*ratio essendi*) de la realización de un tipo —aunque tenga

18. Cfr. Beling, Lehre vom Verbrechen (1906), pp. 116 ss., pp. 145 ss.; Cardenal Montraveta, Tipo penal en Beling cit., Primera Parte. En su obra posterior, Lehre vom Tatbestand (1930) Beling desenvolvió un concepto más abstracto y restringido de tipo como «Leitbild» (imagen rectora o núcleo de la figura de delito), contrapuesto al «tipo del delito». Mientras que al primero asignó el papel de «concepto troncal» (p. 4) «puramente funcional» (p. 5), reconoció en cambio al «tipo del delito» ser expresión de una «valoración» legal e integrar —a diferencia del Leitbild— la definición del delito (pp. 2 y 19). Pero la doctrina no acogió el nuevo concepto de tipo como imagen rectora y siguió utilizando el concepto inicial que formulara Beling en 1906: cfr. p. ej. Mezger, Tratado I p. 301 nota 6.

que ser sin causas de justificación—. La tipicidad no es condición *suficiente*, pero sí *necesaria* de la antijuridicidad penal. Por eso se vinculó a la antijuridicidad en la definición de delito, que pasó a ser una «acción típicamente antijurídica y culpable» donde se aprecia con claridad que la tipicidad es el modo en que ha de manifestarse el juicio de desvalor de la antijuridicidad para que tenga relevancia jurídico-penal.[19]

b) Normalmente la tipicidad implica la antijuridicidad. Si el legislador tipifica una conducta y la conmina con pena, lo hace pensando en su antijuridicidad. **23**

Pero importa destacar que esta concepción coincide con Beling en un punto esencial: no toda acción típica es antijurídica, ni, por tanto, la exclusión del injusto lleva aparejada la negación del tipo. La conducta típica puede estar justificada. El juicio de desvalor provisional que expresa la tipicidad, desaparece cuando concurran causas de justificación.[20] **24**

C) En la **actualidad**, las dos posiciones examinadas encuentran continuación en el finalismo y la teoría de los elementos negativos del tipo, respectivamente. **25**

a) El **finalismo** ha regresado a un concepto de tipo próximo al ideado por Beling: el tipo como mero indicio —*ratio cognoscendi*— de la antijuridicidad, que no sólo puede desvirtuarse por la concurrencia de causas de justificación (no toda acción típica es antijurídica), sino que tiene un significado independiente de la antijuridicidad. De ahí que vuelva a preferir la separación de las notas de tipicidad y antijuridicidad en la definición de delito, que vuelve al modelo «tripartito» y abandona el «bipartito»: «acción típica, antijurídica y culpable». Pero, a diferencia de Beling, no sólo se concibe el tipo como portador de elementos subjetivos, sino como dotado también de un **significado valorativo** —aunque, eso sí, independiente del que corresponde al juicio de antijuridicidad—. Tal significado es, para Welzel, el servir de **selección de los hechos relevantes para el Derecho penal**,[21] relevancia que procederá, según su opinión, de infringir las normas prohibitivas de la lesión de los bienes jurídicos (no matarás, no hurtarás, etc.): aunque concurra una causa de justificación y no sea «antijurídico», el hecho típico seguirá siendo relevante jurídico-penalmente porque es «antinormativo». El tipo se concibe, así, como «materia de prohibición», como la materia prohibida. Las causas de justificación no excluyen la prohibición de la norma, sino que permiten su infracción.[22] **26**

---

19. Cfr. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehrre, 2.ª ed., p. 53; Mezger, Tratado I p. 308 ss.
20. Cfr. Mezger, Tratado I p. 308.
21. Tal función ya se insinuaba por Beling, Grundzüge des Strafrechts, 10ª ed., 1928, p. 22, donde atribuía al tipo la misión de delimitar «descriptivamente los objetos relevantes para el Derecho penal»; pero, como se ve, hablaba de una «descripción», no de una valoración.
22. Cfr. Welzel, Lb pp. 50, 52 ss.

27 b) La **teoría de los elementos negativos del tipo**[23] lleva a sus últimas consecuencias el planteamiento neokantiano: si el tipo es un juicio de valor no ha de serlo sólo provisionalmente, sino definitivamente. La única forma de conseguirlo es admitir que **la tipicidad implica siempre la antijuridicidad** y, viceversa, **la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad**. Según esto, el tipo consta de dos partes: *parte positiva* y *parte negativa* (o tipo positivo y tipo negativo). La parte positiva equivale al tipo en sentido tradicional, esto es, conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurran causas de justificación.

IV. El contenido material de la antijuridicidad penal en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho

28 No toda antijuridicidad es antijuridicidad penal. Las infracciones administrativas o el ilícito civil son otras especies de antijuridicidad. En un Estado social y democrático de Derecho la antijuridicidad penal requiere la tipicidad penal (principio de legalidad) y los tipos penales parten en general de la descripción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales[24] (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), como resultados especialmente graves y/o peligrosos (principio de *ultima ratio*) que el Derecho penal desea evitar si no concurre un interés prevalente que los justifique. La antijuridicidad penal material parte, en general, de un **desvalor de resultado**.[25] Sin embargo, en aquel modelo de Estado el Derecho penal debe respetar además el principio de culpabilidad (en sentido amplio), por lo que sólo puede intentar legítimamente impedir tales resultados desvalorando y, en su caso, prohibiendo las conductas voluntarias que aparezcan *ex ante* como capaces de producir dichos resultados (**desvalor objetivo de la conducta**), y según sean imputables a dolo o sólo a imprudencia (**desvalor subjetivo de la conducta**)[26]. Este planteamiento, ya esbozado en la Lección anterior,

---

23. Esta doctrina ha sido defendida en Alemania desde Merkel y Frank hasta Engisch, Arth, Kaufmann, Roxin, etc. Sobre la evolución de esta teoría (en contra) cfr. Hirsch, op. cit. en la bibl. En español: Roxin, Política criminal, p. 56 nota 56, y Teoría del tipo penal, pp. 274 ss., en donde como Engisch) habla de «elementos limitadores (mejor que de negativos) del tipo», porque la función de las causas de justificación es limitar el verdadero alcance del tipo total de injusto (=hecho prohibido); pero en AT, § 10/19 ss., prefiere ahora distinguir tipicidad y antijuridicidad como dos categorías sistemáticas sucesivas, en el sentido clásico. Acogen la teoría en nuestro país: Gimbernat, Estudios, p. 141 nota 32; Mir Puig ADPCP, 1973, pp. 327 ss. y, sólo en el fondo, no en la terminología, Función, pp. 85 ss.; Rodríguez Devesa, PG pp. 400 ss.; Luzón Peña, Aspectos esenciales de la legítima defensa 1978, p. 251; el mismo, Curso, p. 300; Berdugo, El delito de lesiones, 1982, p. 31 nota 48.

24. Así, Silva, Aproximación, pp. 406 s.; Mir Puig, ADPCP 1994, p. 11.

25. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1994, p. 26.

26. Mir Puig, Significado y alcance, pp. 399 s. Fundamenta también en el principio de culpabilidad la exclusión de los resultados imprevisibles del tipo penal, como parte de la función de la teoría de la imputación objetiva, Roxin, AT, § 7/57.

supone tomas de posición en varios aspectos en que se ha manifestado la evolución expuesta del concepto de antijuridicidad y su relación con la tipicidad.

1. *La tipicidad penal como base de la antijuridicidad penal*

A) Según el planteamiento de esta obra, **la tipicidad no es un elemento independiente de la antijuridicidad *penal***, sino precisamente uno de sus requisitos junto al de ausencia de causas de justificación. De ello se sigue que la tipicidad no es sólo «indicio» ni mera *«ratio cognoscendi»* de la antijuridicidad penal, sino presupuesto de la existencia (*ratio essendi*) de la misma. Ello no obsta a que el requisito de la tipicidad —como parte positiva del supuesto de hecho penalmente antijurídico— no baste para la antijuridicidad, que requiere además la ausencia de causas de justificación —como parte negativa del supuesto de hecho antijurídico—. La tipicidad es, pues, *ratio essendi* necesaria pero no suficiente de la antijuridicidad penal. Del mismo modo que no todo hecho antijurídico es penalmente típico, no todo hecho penalmente típico es antijurídico. **29**

B) El tipo reúne los elementos *específicos* que fundamentan positivamente la antijuridicidad penal de un hecho. Al hacerlo **describe el comportamiento penalmente relevante**. Además de su significado de presupuesto fundamentador de la antijuridicidad encierra, pues, un **significado valorativo propio**. Los hechos típicos no son «valorativamente neutros», sino penalmente relevantes. Esta relevancia no procede de que el hecho típico infrinja la prohibición de la norma (como quiere Welzel), sino de que supone una *lesión o puesta en peligro de un bien jurídico* valioso para el Derecho penal (*desvalor típico de resultado*), imputable a una conducta generadora de un riesgo típicamente relevante, dolosa o imprudente (*desvalor típico de conducta*). **30**

El desvalor del hecho típico no puede verse en la infracción de la norma primaria (contra lo que sostiene el finalismo), porque por de pronto el hecho típico puede estar justificado y entonces está permitido y no puede infringir la norma. Sin embargo, la valoración negativa de la conducta y del resultado típicos es un presupuesto implícito de la norma prohibitiva que no desaparece aunque el hecho típico deje de prohibirse por estar justificado. En este caso el hecho típico no deja de prohibirse porque las causas de justificación hagan desaparecer la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal y la peligrosidad típica de la conducta (que en sí mismos, aisladamente considerados, han de verse como un "mal"), sino porque resultan necesarios para evitar otro *mal mayor*. Es evidente, por otra parte, que si en esta obra se considera que la prohibición del hecho no puede alcanzar al sujeto que no puede acceder a la norma (cfr. *supra*, L 5 III 2 B a e *infra*, L 20 IV 1), no es porque desaparezcan las razones que hacen que el hecho sea disvalioso. **31**

32 Por otra parte, en cuanto tipo penal, llamado a seleccionar los hechos penalmente relevantes, el mismo contiene no sólo los elementos que fundamentan positivamente el *injusto*, sino también los que condicionan su *«punibilidad»*.

33 Este planteamiento supone rechazar el sentido amplio que da a la palabra «tipo» la llamada **«teoría de los elementos negativos del tipo»**. Sin embargo, esta doctrina ha puesto de manifiesto algo que es correcto: el *supuesto de hecho* antijurídico constituye una unidad con dos partes, una positiva (para nosotros el tipo) y otra negativa (la ausencia de los presupuestos de la situación justificada). El tipo no agota la descripción del supuesto de hecho antijurídico. Sí cabe decir, pues, que las causas de justificación son **«elementos negativos del supuesto de hecho»**. La parte positiva del supuesto de hecho equivaldría al «tipo», en el sentido aquí acogido de lo «típico» de la figura de delito correspondiente; la parte negativa supondría la ausencia de causas de justificación. En este sentido, también puede hablarse de **«tipo positivo»** para referirse al «tipo» fundamentador del injusto, y de **«tipo negativo»** para designar el conjunto de presupuestos específicos («típicos») de cada causa de justificación. Pero aquí «tipo positivo» y «tipo negativo» no significarían «parte positiva y negativa del tipo», sino «parte positiva y negativa del supuesto de hecho».

34 C) La **ausencia de tipicidad penal** de una conducta puede deberse tanto a que el legislador no haya tipificado la conducta por considerarla *lícita en general*, como a que no la haya tipificado, pese a ser ilícita, por reputarla *insuficientemente grave* o por *otras razones político-criminales*. No toda conducta antijurídica es penalmente típica: así sucede con las infracciones administrativas.

35 Por otra parte, la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos —cuando la conducta no encaja en la letra de ningún tipo penal—, pero también de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella. Ello sucede, según la doctrina actual, cuando se trata de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica, no implican una afectación suficiente del bien jurídico, por no ser imputable su lesión a una conducta suficientemente peligrosa **(falta de imputación objetiva)**, por consistir el bien jurídico típico en la facultad de disponer de algo por parte de su titular y existir **conformidad** de éste, o por ser los hechos adecuados socialmente **(adecuación social)** o insignificantes **(principio de insignificancia)**. Se habla en estos casos de **causas de exclusión de la tipicidad** —que deben contraponerse a las *causas de justificación*, las cuales presuponen la existencia de tipicidad.[27]

36 *Ejemplos*: El que causa la muerte de otro a consecuencia de un mero empujón que determina su caída y que su cabeza dé en un bordillo no puede considerarse autor del tipo de homicidio, porque la muerte no puede imputarse objetivamente a una conducta suficientemente peligrosa. No hay tipo de detención si la víctima consiente en ser detenido.

27. Sobre esta materia, aunque desde la terminología de la teoría de los elementos del tipo, cfr. Luzón, Curso, pp. 558 ss.

No hay tipo de lesiones si la intervención médica consentida ha sido un éxito y ha mejorado la salud del paciente. No son penalmente típicos los malos tratos o lesiones consecuencia de actuaciones deportivas normales. No constituye el tipo de coacciones el hecho de que en la autopista un vehículo impida adelantar a otro manteniendose indebidamente en el carril izquierdo. Sin embargo, todos estos casos caben en la letra de los tipos penales respectivos. (Cfr. *infra*, Lec. 10 y 19).

2. *Desvalor de resultado y desvalor de la conducta en la antijuridicidad penal*

37 La antijuridicidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuridicidad, en primer lugar, por exigir en principio un **desvalor de resultado** especialmente grave y/o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad **(desvalor de la conducta)**. Estudiaremos en primer lugar el concepto de bien jurídico, como presupuesto del desvalor de resultado, para a continuación desarrollar el significado de las afirmaciones anteriores.

A) *El bien jurídico-penal*

Bibliografía

Abanto, Acerca de la teoría de bienes jurídicos, 2006; *Alcácer*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, 2003; *Alonso Álamo*, Bien jurídico-penal: más allá del constitucionalismo de los derechos, EPC, 2009; *la misma*, Bien jurídico material y bien jurídico procedimental y discursivo, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *la misma*, Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos, en RGDP (15) 2011; *la misma,* Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural: lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal, en RGDP, (18), 2012; *la misma*, Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo), en RP (32) 2013; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Bacigalupo*, Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts, en Festschrift für G. Jakobs, 2007; *Bustos*, Bases críticas de un nuevo Derecho penal, Bogotá, 1982, pp. 65-82; *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *Cuello Contreras*, Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal, ADPCP 1981, pp. 461 ss.; *Feijoo*, Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico, InDret 2008; *Fernández Gonzalo*, Bien jurídico y sistema del delito, Montevideo 2004; *Frondizi*, ¿Qué son los valores?, 2ª ed., México, 1962; *Gianniti*, L'oggetto materiale del reato, 1966; *Gómez Benítez*, Sobre la teoría del «bien jurídico», Rev. Fac. Der. Madrid, nº 69, pp. 85 ss.; *Gössel*, Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal, en Festschrift für Oehler, 1985, pp. 97 ss.; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *Greco*, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS 2008; *Hefendehl*, Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktruktur, GA 2002, pp. 21 ss.; *el mismo*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002; *el mismo* (ed.), La teoría del bien jurídico, trad. *Alcácer/Martín/Ortiz de Urbina*, 2007; *von Hirsch*, Der Rechtsgutbegriff und das „Harm Principle", GA 2002, pp. 2 ss.; *el mismo*, "Harm and wrongdoing": Schädlichkeit und Verwerflichkeit als Begründung von Kriminalisierungen, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Hurtado Pozo*, Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con) fusiones, en Bernal Acevedo (coord.), Temas actuales en la dogmática penal, 2013; *Jakobs*,

Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem, en Festschrift für K. Amelung, 2009 (trad. al español en, ¿Daño social?: anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal, en CPC (100) 2010); *Krüger*, Die Enmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff, 2000; *Kuhlen*, Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?, en Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Rechtssystem, 1996; *el mismo*, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, en Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006; *Lascurain*, Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal, Revista Chilena de Derecho, v. 22, n. 2, pp. 251 ss.; *el mismo*, Bien jurídico y objeto protegible, ADPCP 2007; *von Liszt*, Rechtsgut und Handlungsbegriff... en el mismo, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, 1905, reimpr. 1970; *M. Marx*, Zur Definition des Begriffs «Rechtsguts», 1972; *Mir Puig*, Objeto de delito, en Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix), t. XVII; *Mira*, Función del Derecho penal y forma de Estado, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J. R. Casabó, 1997, pp. 393 ss.; *Neumann*, Alternativen: keine. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, en Personale Rechtsgutslehre" und „Opferorientierung im Strafrecht", 2007; *Ortiz de Urbina*, La excusa del positivismo, 2007; *Pérez del Valle,* En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos, en InDret 2006; *Polaino Navarrete*, El bien jurídico en el Derecho penal, 1974; *Rocco*, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, 1913 (=el mismo, Opere giuridiche, I, 1932); *Roxin*, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, en Festschrift für Knut Amelung, 2009; *el mismo*, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, en RECPC (15) 2013; *Rudolphi*, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, en Nuevo Pensamiento Penal, 1975, pp. 329 ss. (orig. alemán en Festschrift für R. Honig, 1970, pp. 151 ss.); *Sanz Morán*, Reflexiones sobre el bien jurídico, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Sgubbi*, Tutela penale di «interessi diffusi», en La Questione Criminale, 1975, pp. 439 ss.; *Silva*, ¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?, en Libro-Homenaje al Prof. A. Beristain, 1989, pp. 633 ss.; *el mismo*, Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado, en Estudios penales en memoria del Prof. A. Fernández Albor, 1989, pp. 677 ss.; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», 1962; *Stuckenberg*, The Constitutional Deficiencies of the German Rechtsgutslehre, en Oñati Socio-legal Series: http://ssrn.com/abstract=2200870; *el mismo*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011; *Wohlers*, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur, GA 2002, pp. 15 ss.

a) *Concepto político-criminal y concepto dogmático de bien jurídico*

38 El concepto de bien jurídico[28] se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el **sentido político-criminal** (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales);[29] b) en el **sentido dogmático** (*de lege lata*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate. Aquí interesa este sentido dogmático de bien jurídico, como «objeto de la tutela jurídica»:[30] p. ej., la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la Administración de Justicia, la seguridad interior del Estado, etc..., en cuanto el Código penal castiga determinados ataques contra estos bienes.[31]

---

28. Más precisa sería la expresión «bien jurídico-penal» (cfr. supra, Lec. 4, III 3), por lo que sería deseable que se generalizara su uso. Acoge la expresión Luzón, Curso, p. 328.

29. Sobre esto, además de la bibliografía especial indicada en este apartado, cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 128 ss.; Octavio de Toledo, Concepto, pp. 336 ss. Vid. supra, Lec. 4, III 3.

30. A esto alude el título de la importante obra de Rocco, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, 1913.

31. Esto no significa, como pretende Jakobs, AT, pp. 28 ss., que el bien jurídico-penal sólo sea tal frente a los concretos ataques que la ley penal prevé: la vida, p. ej., sigue siendo un bien jurídico cuando

39 Los dos conceptos de bien jurídico mencionados (el político-criminal y el dogmático) pueden hallarse más o menos próximos, según el grado de realización por parte del Derecho positivo del ideal político-criminal que se mantenga. El concepto político-criminal de bien jurídico tenderá a tener un contenido muy cercano al del concepto dogmático para quien sustente la misma concepción político-criminal que inspira al Derecho penal vigente —y al contrario. Todo Código penal supone la realización, más o menos feliz, de un determinado programa político-criminal, que cuenta entre sus puntos básicos con la determinación de aquellos bienes que deben ser protegidos bajo pena. Esta determinación de los bienes a proteger penalmente depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico detenta el poder político. Los Códigos penales no protegen intereses ahistóricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concretos. Cuando se dice que el Derecho penal protege a «la sociedad» hay que evitar entender que protege siempre por igual a todos los miembros de la sociedad con independencia de su posición en el sistema social correspondiente. Los Códigos españoles, como los del mundo occidental, tienen su origen en la sociedad burguesa del siglo XIX y parten de la protección de intereses y valores predominantes burgueses. Las modificaciones que entretanto han ido experimentando el capitalismo y el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material —lo que se llaman los **«intereses difusos»**.[32]

b) *Bien jurídico, substrato del mismo y objeto material del delito*

40 Los bienes jurídicos descansan a veces en una realidad material (así el bien «vida») y otros en una realidad inmaterial (así el bien «honor»), pero en ningún caso se identifican conceptualmente con su **substrato**: así p. ej.: la realidad de la vida no constituye, en cuanto tal, un «bien» jurídico, sino que, como mero dato biológico, todavía no encierra en sí mismo conceptualización axiológica alguna, es valorativamente neutra; pero dicha realidad de la vida puede contemplarse, además de como tal realidad empírica, como «bien», si se atiende a su valor funcional. Aun cuando el bien descanse en una cosa corporal, su concepto no se agotará en el de ésta, puesto que requiere ser algo más que su ser cosa: «los bienes... son las cosas más el valor que se les ha incorporado».[33]

41 Pero el bien jurídico no sólo ha de distinguirse conceptualmente de su substrato, sino también del llamado **«objeto material»** del delito u **«objeto de la acción»**. Piénsese, por ejemplo, en delitos como el de atentado a Autoridad, agente de la misma o funcionario, en que el bien jurídico es la seguridad interior del Estado (en cuanto depende del principio de autoridad), que carece de substrato empírico, mientras que el objeto de la acción es la persona de la Autoridad, agente o funcionario, sobre la cual recae el delito. También resulta esclarecedor el ejemplo de hurto. En este delito el objeto de la acción es la cosa sustraída y el bien jurídico, en cambio, la propiedad de la misma.[34]

---

no es objeto de ningún ataque penalmente típico, porque el Derecho penal continúa protegiéndolo ante cualquier posible ataque penalmente típico.

32. La expresión es de Sgubbi, op. cit. pp. 439 ss.

33. Cfr. Frondizi, op. cit., p. 10.

34. Así Schmidhäuser, AT (1982), pp. 81 ss., distingue entre «bien jurídico», «objeto del bien jurídico» y «objeto de la acción», en un sentido algo diferente al del texto. Cfr. también Stratenwerth, AT, 8/11 ss.

42 En la distinción conceptual expresada entre objeto de la acción y bien jurídico (objeto jurídico) existe amplio acuerdo en la doctrina. Pero las opiniones se dividen a la hora de precisar la **relación existente entre el bien jurídico y su substrato empírico**. Mientras que la opinión acaso dominante —que arranca de von Liszt, aunque luego se impuso en la versión idealista del neoclasicismo— concibe el bien jurídico como *interés*[35] o como *valor*[36] distinto de la concreta realidad en que descansa, otra dirección, que desde Binding llega a nuestros días a través de autores como Helmuth Mayer y Welzel, contempla el bien jurídico desde el prisma del substrato empírico (material o inmaterial) que le sirve de base.[37] La primera posición reclama, en favor de la consideración del bien jurídico como interés o como valor, la necesidad de distinguir entre dicho concepto de bien jurídico y el de la realidad que constituye su sustento. Pero la «espiritualización» que ello supone conduce a la larga a la «evaporización» del concepto de bien jurídico, al privarle de la referencia a los concretos objetos existenciales que el Derecho penal desea proteger. El bien jurídico acaba, por esta vía, por dejar de ser un «bien» dotado de concreto contenido real, para confundirse con la abstracta «finalidad de la ley» —como llegó a sostener la exacerbación del concepto neokantiano de bien jurídico en un sentido meramente «metódico-teleológico»—.[38] Ello no significa que deban identificarse el bien jurídico y su substrato empírico. Por el contrario, ya se dijo más arriba que un «bien» es siempre *algo más* que una «cosa». Pero también es esa «cosa», sólo que contemplada en su valor funcional: el bien es una *cosa valiosa*, entendiendo aquí por cosa toda realidad existencial con independencia de su carácter material o inmaterial. El concepto de bien jurídico es, pues, expresión de una relación dialéctica de realidad y valor. Un Derecho penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas: ninguna protección jurídico-penal merecería el «valor vida» si no se encarnase en la vida de una persona real; el Derecho penal no ha de proteger el «valor vida» en cuanto tal valor, sino las vidas concretas de los ciudadanos. Pero por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuanto meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad.[39]

c) *Dimensión social del bien jurídico*

43 ¿Cuál es el sentido funcional en que los objetos reales importan al Derecho penal como bienes jurídicos? Es su **dimensión social** la que interesa al Derecho: la medida en la que la indemnidad de aquellos objetos reales constituye una *necesidad social* y condiciona las *«posibilidades de participación»* del individuo en los sistemas sociales.[40] Pero debe quedar claro el sentido en que se alude a este aspecto funcional: no como exclusión de los concretos objetos existenciales del concepto de bien jurídico, sino como análisis del sentido funcional en que dichos objetos merecen protección como bienes jurídicos. Sólo así podrá

35. Así von Liszt, Rechtsgut cit., passim; el mismo, Tratado II pp. 6 ss.

36. Cfr. Sina, op. cit., p. 93. Hoy Jescheck, Tratado, pp. 353 s.; Schmidhäuser AT 2/31; Roxin, AT, § 2/24.

37. Cfr. Binding, Normen, I (1.ª ed.) p. 339; Sina, op. cit., pp. 44 ss y 95.

38. Cfr. Sina, op. cit., pp. 76 ss.

39. Sobre la trascendencia de este planteamiento en orden a la eficacia del consentimiento de la víctima cfr. infra, Lec. 19, A II.

40. Así Callies, op. cit., pp. 143 ss.; Mir Puig, Introducción, pp. 139 ss. También con otros matices, Kindhäuser, La fidelidad al Derecho cit., p. 206.

cumplir el concepto de bien jurídico la **función política liberal** que se considera esencial en él: la de ofrecer una *concreción material* —y no sólo formal como la literalidad de los tipos penales— de los distintos estados valiosos que por su importancia reclamen la tutela penal.

d) *Funciones del bien jurídico*

Aparte de la —discutida— función de **límite del legislador** que ello puede suponer, el bien jurídico, este concepto posee importantes **funciones dogmáticas**. **44**

1º) **Función sistemática**. El Código penal parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito —vida, integridad física, libertad sexual, propiedad, etc.— para su clasificación en el Libro II. **45**

2º) **Función de guía de la interpretación**. Una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación (*teleológica*) podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico. Ejemplo: si los delitos de lesiones atacan al bien jurídico de la salud o integridad física de una persona, en cuanto sirve de base a sus posibilidades de participación social, la intervención quirúrgica *curativa* realizada con éxito no puede dar lugar al tipo de lesiones, porque no agrede en aquel sentido a la salud ni a la integridad física, sino todo lo contrario. Falta, por ello, la antijuridicidad material de la conducta.[41] **46**

3º) **Función de criterio de medición de la pena**. La mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. Dentro del margen de arbitrio judicial que la ley concede ello puede servir de base a la concreta determinación de la pena (especialmente cuando no concurran circunstancias agravantes ni atenuantes o ambas a la vez, supuesto en el que el art. 66, 1, 6ª CP permite al Juez o Tribunal imponer la pena «en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la *mayor o menor gravedad del hecho*). En cambio, nótese que si la antijuridicidad fuese sólo formal no podría *graduarse*, pues sólo podría afirmarse su presencia o ausencia (la relación de contradicción entre hecho y Derecho únicamente se da o no se da).[42] **47**

41. Así, según la STS 15 marzo 83 no hay sustracción de menores si un padre traslada a su domicilio a su hijo sacándole del dominio de la madre, de quien se hallaba separado, pues no se lesiona el bien jurídico «seguridad». Cfr. también la STS 29 abr. 88, que señala que la interpretación de las leyes penales debe tener en cuenta en primera línea la función protectora de los bienes jurídicos. Una línea jurisprudencial niega la presencia de un delito de tráfico de drogas cuando no resulta afectado el bien jurídico de la salud pública: ver, p. ej., STS 22 en. 97.

42. Cfr. Luzón, Curso, pp. 328, s.

B) *Conducta y resultado lesivo en la antijuridicidad penal*

Bibliografía

Baldó, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Cuello Contreras*, Falsas antinomias en la teoría del delito, ADPCP 1991, pp. 791 ss.; *Degener*, Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht, ZStW 103 (1991), pp. 356 ss.; *Dencker*, Erfolg und Schuldidee, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 441 ss.; *Dornseifer*, Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 427 ss.; *W. Frisch*, La atenuación del marco penal en la tentativa, ADPCP 1994, pp. 159 ss.; *Gómez Benítez*, El ejercicio legítimo del cargo, 1980; *el mismo*, Sobre la teoría del «bien jurídico», RFDUC, nº 69, pp. 85 ss.; *Guallart*, La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho español, ADPCP 1979, pp. 617 ss.; *Huerta Tocildo*, Sobre el contenido de la antijuricidad, 1984; *H.-Chr. Jahr*, Die Bedeutung des Erfolges für das Problem der Strafmilderung beim Versuch, 1981; *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pp. 393 ss.; *Krauss*, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964), pp. 19 ss.; *Kudlich*, Objektives und subjektives Handlungsunrecht beim Vorsatzdelikt – zugleich Überlegungen zum Verhältnis zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsunrecht, en Festschrift für A. Benakis, 2008; *Lüderssen*, Erfolgszurechnung und «Kriminalisierung», en Lüderssen/Sack (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften..., 1980, pp. 13 ss.; *Méndez*, Los delitos de peligro..., 1993; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 29 ss.); *el mismo*, La perspectiva ex ante en Derecho penal, ADPCP 1983, pp. 5 ss. (=el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit., pp. 93 ss.); *el mismo*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988, pp. 253 ss. (=el mismo, El Derecho penal en el Estado...cit., pp. 181 ss.); *el mismo*, Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, ADPCP 1994, pp. 5 ss. (=el mismo, El Derecho penal en el Estado... cit., pp. 225 ss.); *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlung- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), pp. 539 ss.; *Rodríguez Ramos*, El resultado en la teoría jurídica del delito, CPC 1977, pp. 49 ss.; *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, Buenos Aires, 1991; *Schaffstein*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, en Festschrift für H. Welzel, 1974, pp. 557 ss.; *Schöneborn*, Zum Erfolgsunwert im Lichte der sozialpsychologischen Attributionstheorie, GA 1981, pp. 70 ss.; *Sola Reche*, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, ADPCP 1994, pp. 167 ss.; *Stratenwerth*, Handlungs-und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStr 79 (1963), pp. 233 ss.; *el mismo*, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, en Festschrift für Schaffstein, 1975, pp. 177 ss.; *el mismo*, Acción y resultado en Derecho penal, 1992; *Suárez Montes*, Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 379 ss.; *Zielinski*, Handlungsunwert und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

48 a) La antijuridicidad penal empieza por exigir la comprobación *ex post* de la realización del tipo penal. Los tipos penales describen siempre hechos efectivamente acaecidos,[43] ya sean resultados de una conducta (como el tipo de homicidio), ya sean conductas no necesitadas de resultado (como el tipo de allanamiento de morada). En la medida en que también la conducta típica ha de «resultar» efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados (separados o no de la conducta). La antijuridicidad objetiva parte de la valoración negativa de tales resultados: parte del **desvalor de resultado.**[44]

43. Cfr. Silva, Aproximación, pp. 406 s.

44. Lo que se diga aquí para el resultado vale en principio tanto para los delitos que exigen un efecto separado de la conducta (llamados delitos de resultado), como para los delitos que sólo requieren una conducta (llamados delitos de mera actividad), pues aquí se habla de resultado en el sentido ideal (no material) de lesión o puesta en peligro, que puede tener lugar tanto en una como en otra clase de delitos

49 El contenido material de este desvalor es distinto en los delitos en que el resultado (separado o no) es una *lesión* de un bien jurídico, que en aquéllos cuyo resultado (separado o no) es una *puesta en peligro* (como en los delitos de peligro [cfr. *infra*, Lec. 9, II, 3] o en la tentativa [cfr. *infra*, Lec. 13]). En los primeros la afectación del bien jurídico es mayor que en los segundos.

50 b) Ahora bien, en los *delitos de resultado separado* (como el de homicidio) el desvalor de resultado presupone que aquél pueda imputarse a una **conducta peligrosa** como *resultado* de la misma. Para decidir la peligrosidad de la conducta causante de la lesión es necesaria la utilización de un **punto de vista *ex ante***. Si la función del Derecho penal es evitar los resultados típicos, sólo puede lograrlo desvalorando y, en su caso, prohibiendo, conductas humanas cuya capacidad para producir aquellos resultados pueda ser apreciada en el momento de ir a realizarlas y mientras no ha concluido su realización: *ex ante*.

51 Desde un punto de vista exclusivamente *ex post*, habría que desvalorar toda acción efectivamente causal de la lesión, aunque *ex ante* apareciese como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello llevaría a los conocidos inconvenientes que trató de superar la **teoría de la adecuación**, primero, y la moderna **teoría de la imputación objetiva**, después (cfr. *infra*, Lección 10, I).

52 El desvalor de resultado (a valorar *ex post*) presupone, pues, también el **desvalor de la conducta** (a valorar *ex ante*). El desvalor de la conducta se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que un *espectador objetivo* (el hombre medio) puede advertir en la conducta en el momento de realizarse, *ex ante*. El desvalor de la conducta es, en este sentido, **desvalor intersubjetivo** *ex ante*.

53 Ambos aspectos proceden de una relación negativa del hecho con el bien jurídico. Ello es evidente en el desvalor del resultado. Pero también el desvalor de la conducta que aquí importa se funda en su peligrosidad para el bien jurídico. Ahora bien, mientras que el desvalor del resultado ha de enjuiciarse *ex post*, el desvalor de la conducta ha de enjuiciarse *ex ante*. Mientras que el desvalor del resultado expresa el estado de cosas último que el Derecho penal quiere evitar (la lesión o puesta en peligro típica indeseable del bien jurídico), el desvalor de la conducta exige que aquella situación indeseable se deba a una conducta suficientemente peligrosa para un espectador ideal situado *ex ante* en la posición del autor. Si la lesión de un bien jurídico-penal no aparece como realización del riesgo propio de una conducta desvalorable para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado *objetivamente imputable* (ver *infra*, Lección 10, I).

54 c) Mientras que en los delitos de resultado separado el desvalor de resultado presupone una conducta peligrosa anterior (aunque pueda ser inmediatamente anterior), en los *delitos de mera actividad* (como el de allanamiento de morada) el desvalor de resultado sólo exige la conducta típica, lesiva o peligrosa. Pero

(sobre la distinción de delitos de resultado y de mera actividad cfr. infra, Lec. 9, II 1 A). Por lo demás, aquí prescindimos de la posibilidad de que el resultado lesivo o de peligro deje de ser disvalioso por existir una causa de justificación.

también en estos tipos es preciso que la conducta apareciese *ex ante* como idónea para realizar el tipo. Sólo entonces habrá sido evitable y, por tanto, desvalorable desde la perspectiva intersubjetiva de lo exigible a un hombre medio.[45]

C) *Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto penal*

55 El juicio de desvalor que permite la antijuridicidad penal, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el *aspecto subjetivo* del hecho.[46]

56 No es posible si se admite el punto de partida de la **teoría de la adecuación**, que hoy maneja la moderna **teoría de la imputación objetiva**: que no puede decirse, p. ej., que «mata» el que interpone cualquier condición causal de una muerte, aunque fuera imprevisible para el hombre medio, o *prudente*, situado *ex ante* con los *conocimientos* que dicho hombre ideal tendría en la situación ante la que se encuentra el autor, *además* de los *conocimientos especiales* de que pudiera disponer el autor (*vid. infra*, Lección 10, I). Este planteamiento sólo puede rechazarse a cambio de tener que afirmar que el que hace subir a otro en un avión le «mata» si éste encuentra la muerte en un accidente, tanto si el que aconseja el vuelo conocía o no de antemano la circunstancia, no cognoscible para un usuario prudente, que determinó el accidente. Si se afirmase la imputación objetiva del resultado siempre que éste fuera cognoscible para *cualquier* hombre, habría que admitir la imputación en este caso, aunque el autor no estuviera dotado del conocimiento excepcional de que en el avión había instalada una bomba o, incluso, de que en el avión había un fallo técnico no apreciable para el usuario. Y si se tuviese en cuenta únicamente lo cognoscible para un ususario medio y no el conocimiento especial de la existencia de la bomba que tuviera el autor, habría que negar la imputación de la muerte aunque concurriera este conocimiento. Ninguna de ambas soluciones es admitida por la opinión dominante, y desde luego encontraría rechazo en el uso del verbo 'matar' en el lenguaje ordinario. Esto último pone de manifiesto que la valoración social (objetiva) de una conducta como, p. ej., de «matar», tiene en cuenta los conocimientos del hombre medio y del autor en los términos de la opinión dominante.

57 Se sigue de lo anterior que **el desvalor de la conducta**, presupuesto del desvalor de resultado, **no depende sólo de la parte objetivo-externa del hecho**. Ello se debe a la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico. *La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa*.[47] Su valoración social objetiva depende de ambos aspectos. La sociedad valora de forma completamente distinta, como dos clases muy diferentes de hechos, los homicidios dolosos y las muertes ocasionadas por imprudencia. También

45. Sobre todo esto, más ampliamente Mir Puig, ADPCP 1994, pp. 10 ss.

46. Escribe Welzel, Lb, p. 51: «La antijuridicidad sólo es objetiva en el sentido de juicio de valor *general*, su objeto, la acción, es, por el contrario, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos.» Cfr. también, en este sentido, Jescheck, Tratado, p. 327.

47. Cfr. Mir Puig, Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, en El Derecho penal en el Estado cit., p. 185.

la valoración jurídico-penal objetiva de un hecho, como más o menos indeseable, depende de si se realiza voluntariamente y a conciencia de los elementos del mismo que lo hacen típico o, por el contrario, se efectúa sin voluntad o sin dicho conocimiento. El Derecho penal distingue los tipos dolosos de los culposos y señala mayor pena a los primeros.

58 Los tipos penales, en efecto, deben entenderse referidos tanto a la parte objetiva como a la parte subjetiva de los hechos que describen. Como hecho posiblemente antijurídico —si no concurre una causa de justificación—, el hecho típico ha de incluir todos los aspectos que condicionan una mayor o menor gravedad del ataque al bien jurídico, y entre ellos está el dolo. **El hecho doloso se encuentra en una relación de oposición al bien jurídico afectado más intensa que el hecho no doloso** y simplemente imprudente. Por de pronto, la lesión dolosa manifiesta una *actuación intrínsecamente opuesta al bien jurídico*, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, distinto al del hecho imprudente. Así, p. ej., quien mata a otro dolosamente niega la vida de la víctima, mientras que quien la atropella sin dolo, por imprudencia, no niega por completo el bien vida, sino que sólo manifiesta un cuidado insuficiente frente al mismo. Por otra parte, *el dolo guarda relación con la peligrosidad de la conducta* para el bien jurídico: la intención de lesionarlo (**dolo directo de primer grado**) orienta la conducta hacia dicha lesión y *ex ante* aumenta las posibilidades de conseguir tal lesión; en el **dolo directo de segundo grado** se requiere la conciencia de una práctica seguridad de que la conducta tendrá como consecuencia la lesión del bien jurídico; y en el **dolo eventual** hay que exigir la representación de un peligro especialmente relevante[48] (sobre estos conceptos ver *infra*, Lección 10).

59 Es evidente que quien, p. ej., agrede a otro con un cuchillo es más probable *ex ante* que produzca su muerte si lo hace con intención de causársela que si lo hace con la sola intención de lesionar levemente a la víctima. En el primer caso dirigirá el cuchillo a partes vitales y tratará de hacerlo tantas veces como le parezca necesario para matar a su víctima. Nada de ello es esperable del que únicamente intenta lesionar. Por supuesto, *ex post* las cosas pueden resultar distintas a lo intentado, y el que sólo quiere lesionar puede acabar ocasionando la muerte, pero ello no afecta al peligro *ex ante.* Es cierto que un ***error vencible*** (evitable con más prudencia) puede concurrir en un hecho tan peligroso para el bien jurídico como el realizado con dolo de primer grado: así el cazador que cree que lo que se mueve tras los arbustos es una pieza, cuando en realidad es una persona, y va a disparar sobre ella, dirige su conducta hacia su objetivo con intención de

48. *Ibidem*, p. 186. Sobre todo lo anterior, más ampliamente, Mir Puig, ADPCP 1994, pp. 13 ss. De acuerdo Luzón, Curso, p. 331.

alcanzarlo y, por tanto, con la peligrosidad *ex ante* de dicha intención. Pero, por una parte, en el conjunto de las conductas humanas el error no es la regla, sino la excepción (es más frecuente que consigamos algo cuando lo buscamos que, por error, cuando no lo queremos), y, por otra parte, el concreto peligro del error no puede imputarse como el mismo peligro creado a conciencia (aquí entra en juego la segunda razón por la que la ausencia de dolo impide la plena imputación del tipo). Sobre esto último véase lo que se dice a continuación.

60 Por otra parte, **no cabe *imputar* completamente el hecho objetivo ocurrido a quien no era consciente de que lo realizaba**. Si el resultado típico ha de poderse imputar a una conducta objetivamente peligrosa *ex ante* (imputación objetiva del tipo), en los tipos dolosos dicha conducta peligrosa ha de poder imputarse también a la voluntad consciente del sujeto (**imputación subjetiva** del tipo). Sólo cabe cerrar la comprobación del tipo penal y pasar a examinar la categoría siguiente de la antijuridicidad penal una vez que consta si concurre un tipo doloso o no, porque si el hecho no es doloso normalmente será impune (el CP actual sólo prevé excepcionalmente tipos meramente imprudentes) sin necesidad de comprobar si concurre alguna causa de justificación, y porque puede ser más difícil admitir una causa de justificación para un hecho doloso que para un hecho imprudente.[49]

61 El desvalor intersubjetivo de la conducta, como peligrosa *ex ante* y como dolosa o imprudente, no sólo es necesario para completar el juicio de *desvalor* propio de la antijuridicidad penal, sino que es también necesario para que pueda afirmarse la *infracción* personal de una norma primaria, entendida, como aquí se hace, como norma de determinación de un sujeto. Ocurre, sin embargo, que, según la concepción de esta obra, el desvalor intersubjetivo de la antijuridicidad penal *no basta* para afirmar la infracción de la norma primaria, concretamente dirigida al sujeto: igual como el tipo es condición necesaria, pero no suficiente de la antijuridicidad penal, el desvalor intersubjetivo de la conducta es necesario pero no suficiente para su concreta antinormatividad. *El desvalor intersubjetivo de la conducta es el elemento de enlace entre la antijuridicidad penal y la antinormatividad*. Ésta última es, a su vez, la primera condición de la **imputación personal** de la antijuridicidad penal, segunda parte de la teoría del delito (cfr. *infra*, Lección 20).

3. *La ausencia de causas de justificación*

(Ver la bibliografía de la Lección 16)

62 La antijuridicidad penal de un hecho requiere, además de la realización de un tipo penal imputable a una conducta peligrosa *ex ante* y voluntaria, la ausencia de causas de justificación. Si el significado material de la realización de un tipo penal es que supone el ataque a un bien jurídico, ¿cuál es el **sentido material** de la exigencia de que no concurran causas de justificación? Sólo aunando

49. Ver Mir Puig, Significado y alcance de la imputación objetiva cit., pp. 399 s.

ambos aspectos podrá completarse la respuesta a la pregunta acerca de la antijuridicidad material de un hecho.

63 Las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico-penal (sin que por ello desaparezca su consideración de «mal» aisladamente considerado). Aunque estos bienes son valiosos para el Derecho penal, pueden entrar en **conflicto con otros intereses** que aquél puede considerar **preferentes**, en determinadas circunstancias. Esto es lo que sucede en las **causas de justificación en sentido estricto**. Así, p. ej., la legítima defensa justifica la realización de un tipo penal porque el interés en que el injusto agresor no pueda imponer su actuación antijurídica se considera mayor que el representado por los bienes jurídicos del agresor que el defensor no tenga más remedio que lesionar para repeler la agresión. También tienen este fundamento las demás causas de justificación previstas entre las eximentes del art. 20 CP. En todas ellas se requiere tanto la efectiva concurrencia *ex post* de un interés superior (**falta de desvalor de resultado**), como su apariencia *ex ante* (**falta de desvalor de la conducta**).

64 Pero el Derecho penal sólo puede desvalorar y, en su caso, prohibir, conductas voluntarias. Por tanto, la justificación del hecho típico también tiene lugar, pese a no plantearse *efectivamente* el conflicto de intereses descrito y a subsistir, por tanto, el desvalor de resultado, si concurre una **suposición errónea objetivamente invencible de los presupuestos de una causa de justificación en sentido estricto** (falta del desvalor intersubjetivo de la conducta) (cfr. Lección 16, I 5).

V. Las condiciones objetivas de punibilidad como elementos del tipo penal

Bibliografía

Cameli, Le condizioni obiettive di punibilità e la sfera dei principi penali, 1961; *Cobo del Rosal*, La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos (III), 1983, pp. 11 ss.; *Finger*, Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit, GA 1903, pp. 32 ss.; *Giuliani*, Il problema giuridico delle condizioni di punibilità, 1966; *Hass*, Zur Entstehungsgeschichte der objektiven Strafbarkeitsbedingungen, 1969; *el mismo*, Zur Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingung..., en Rechtstheorie 3 (1972), pp. 23 ss.; *Land*, System der aüsseren Strafbarkeitsbedingungen, en Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 229, pp. 1927 ss.; *Mapelli*, Estudio jurídico dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, 1990; *Martínez Pérez*, Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad, en Libro-Homenaje a Beristain, 1989, pp. 565 ss; *Mussoto*, Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato, 1936; *Rittler*, Strafbarkeitsbedingungen, en Festgabe für R. Frank, II, 1930, pp. 1 ss.; *Rodríguez Ramos*, Posible inconstitucionalidad del art. 483 CP, en Libro-Homenaje a Beristain, 1989, pp. 883 ss.; *Sauer*, Die beiden Tatbestandsbegriffen (Zur Lehre von den aüsseren Strafbarkeitsvoraussetzungen), en Festschrift für E. Mezger, 1954, pp. 117 ss.; *Sax*, «Tatbestand» und Rechtsgutverletzung, JZ 1976, pp. 9 ss.; *Schaad*, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht, 1964; *Schmidhäuser*, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 (1959), pp. 545 ss.; *Schwalm*, Gibt es objektive Strafbarkeitsvoraussetzungen? MDR 1959 pp. 906 ss.; *Stratenwerth*, Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines StGB 1959, ZStW 71 (1959), pp. 565 ss.; *Stree*, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 1965, pp. 465 ss.

65 1. Según el planteamiento efectuado en la Lección 5, IV, **las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal** porque condicionan su *objetiva relevancia penal*[50] —a diferencia de lo que sucede con las llamadas «excusas absolutorias» que tienen el carácter de causas *personales* de exclusión o levantamiento de la pena y no empecen, por ello, al significado penal del hecho sino sólo a la posibilidad de castigar a ciertos sujetos por su realización—.[51] La relevancia penal del hecho depende normalmente sólo de la gravedad del desvalor de resultado y del desvalor de la conducta, pero excepcionalmente también de *otras* consideraciones político-criminales. Las condiciones objetivas de punibilidad no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, pero condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación penal por alguna de esas *otras razones*. Ello se explica a veces diciendo que tales condiciones objetivas de punibilidad no afectan al «merecimiento de pena» del hecho, sino sólo a su «necesidad de pena».[52]

66 El art. 606, 2 CP condiciona el castigo de los ataques a un Jefe de Estado extranjero que se hallare en España con las penas previstas en los arts. 605 y 606, a la existencia de un trato recíproco por parte del país extranjero de que se trate. La gravedad del hecho no puede variar por la circunstancia de que exista o no dicha reciprocidad, que no constituye ninguna característica del hecho, sino que es externa a éste. La razón de su exigencia responde, sin embargo, a una clara finalidad político-criminal: se trata de motivar a los Estados extranjeros a que protejan a nuestro Jefe de Estado en forma especial cuando se halle de visita en ellos o, por lo menos, de corresponder al trato de especial protección que puedan concederle en tales ocasiones.

67 2. De las «**propias** condiciones objetivas de punibilidad» es preciso distinguir las «**impropias** condiciones objetivas de punibilidad». Mientras que las primeras *restringen la punibilidad* de un hecho prohibido, que sería punible si el tipo no requiriera la condición objetiva de punibilidad, las segundas *permiten castigar* un hecho que no sería punible según las exigencias generales del injusto. Así el ejemplo propuesto del art. 606, 2 CP se refiere a una *propia* condición objetiva de punibilidad, porque la exigencia de reciprocidad viene a restringir la punibilidad de los ataques a los Jefes de Estado extranjeros. En cambio los arts. 483 y 485 del anterior CP preveían *impropias* condiciones objetivas de punibilidad cuando establecían, respectivamente, que «el reo de detención ilegal que no diera razón del paradero de la persona detenida, o no acreditase haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor», y que «el que

---

50. Así ya Mezger, Tratado, I, pp. 301 ss. En contra Octavio de Toledo/Huerta, PG, pp. 387 ss. La argumentación que esgrimen vale para negar que las condiciones objetivas de punibilidad afecten al injusto, pero no para impedir que se incluyan en el tipo penal, en el sentido en que aquí se entiende (como selección de lo penalmente relevante).

51. En este sentido diferenciador Maurach, Tratado, I, pp. 296 ss. y II, pp. 90 s.; Rodríguez Devesa, PG pp. 401 ss. y 626 ss.

52. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 764; Antón, PG p. 234.

hallándose encargado de la persona de un menor no la presentase a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor». En ambos preceptos se ampliaba la punibilidad, al permitirse castigar con penas más graves hechos que de suyo hubieran merecido menor pena.

68 Nada hay que objetar al establecimiento de *propias* condiciones objetivas de punibilidad, pero sí a la técnica de las *impropias* condiciones objetivas de punibilidad. Éstas vienen a permitir prescindir de exigencias necesarias para la prohibición de un hecho, como la constancia efectiva de una determinada conducta lesiva, que se sustituyen por su *presunción* cuando concurre la condición objetiva de que se trate. Así, en los ejemplos citados (arts. 483 y 485 del anterior CP), se imponían las penas correspondientes al asesinato o al homicidio en base fundamentalmente a la presunción de responsabilidad del sujeto por la muerte o desaparición de la víctima. Ello podía considerarse contrario a la presunción de inocencia que establece la Constitución (art. 24).[53] En el actual CP se sigue castigando el no dar razón de la persona detenida, salvo que el reo la haya dejado en libertad, con una pena que puede llegar a ser más grave que la del asesinato.

69 El art. 166 impone la pena superior en grado a la correspondiente a la detención o secuestro, y éste se castiga hasta con pena de prisión de hasta quince años, por lo que aquel artículo puede conducir a una pena de prisión de hasta veintidós años y seis meses, cuando el asesinato tiene señalada una pena básica de hasta veinte años (art.139).

70 3. La **consecuencia** más importante de la naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad es que *no es preciso que sean abarcadas por el dolo ni imputables a imprudencia*.[54] Mientras que la ley sólo puede desvalorar y, en su caso, prohibir conductas dolosas o imprudentes, puede condicionar su punibilidad a circunstancias externas al hecho antijurídico[55] y, por tanto, ajenas a su estructura dolosa o imprudente. Lo que ocurre es que, si ello no plantea ningún problema en las *propias* condiciones objetivas de punibilidad, no puede considerarse legítimo para *sustituir* la necesidad de un hecho doloso o imprudente, como, no obstante, sucede en las *impropias* condiciones objetivas de punibilidad antes mencionadas.

71 4. La **enumeración de las concretas condiciones objetivas de punibilidad** corresponde a la Parte Especial, porque requiere el examen detenido de cada tipo.

---

53. En este sentido se manifiestan Rodríguez Ramos, Libro-Homenaje a Beristain, p. 894, y Octavio de Toledo/Huerta, PG, pp. 393 ss.

54. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 761. En España, respecto a la no exigencia de dolo, ver Mir Puig, Adiciones, p. 770, nota 3.

55. Nuestra doctrina destaca que las condiciones objetivas de punibilidad son ajenas a la acción típica: cfr. p. ej., Antón, PG p. 233; Córdoba, Notas, I, p. 297. Vid. también nota anterior.

No existe, por lo demás, ninguna seguridad en la determinación de los distintos supuestos. A título de *ejemplos*, y sin pretensión de exhaustividad, suelen mencionarse las siguientes: la exigencia de que, en los delitos cometidos por españoles contra extranjeros fuera de España, el hecho sea delito en el país en que se perpetró (art. 23 LOPJ 1985);[56] en los delitos que se cometen por medio de la imprenta, la imposibilidad de perseguir a los autores del texto, directores de la publicación, de la empresa editora o de la impresora, respectivamente (art. 30, 3 CP);[57] la exigencia de reciprocidad en el art. 606, 2 CP;[58] la necesidad de sentencia firme o auto también firme de sobreseimiento o archivo que permitan proceder contra el denunciante o acusador falso (art. 456, 2 CP);[59] la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio (art. 458, 2 CP);[60] la ausencia de explicación satisfactoria de la desaparición de la víctima en la detención ilegal (art. 166 CP);[61] la admisión a trámite de la solicitud de concurso en el art. 260, 2 CP.[62]

72 5. No son condiciones objetivas de punibilidad ni pertenecen al concepto de delito las **condiciones de procedibilidad**. Éstas no afectan a la existencia de un *delito*, sino sólo a la posibilidad de su *persecución procesal*. Al impedir su falta el enjuiciamiento penal del hecho, tendrá también la consecuencia de impedir su castigo, pero ello no obedece a que haga desaparecer la presencia de un delito, sino sólo a que éste no puede ser objeto de un proceso penal.[63] Son ejemplos de condiciones de procedibilidad previstas en el Código penal la exigencia de **querella** del ofendido para la persecución de los delitos contra el honor de los particulares y la **denuncia** que se requiere para perseguir determinados delitos (como, p. ej., los sexuales).

56. Cfr. Cuello Calón, PG p. 637; Antón, PG p. 234; Quintano, Curso, I, p. 399.
57. Cfr. Antón, PG p. 234.
58. Cfr. Antón, PG p. 234; Gimbernat, Introducción, p. 36. En contra Rodríguez Devesa, PG p. 401, nota 35.
59. Cfr. Córdoba, Notas, I, p. 175; Antón, PG p. 234.
60. Cfr. Rodríguez Devesa, PG p. 402; Cuello Calón, PG 637; Quintano, Curso, I, p. 391. En contra Antón, PG p. 235; Córdoba, Notas, I, p. 297.
61. Cfr. Antón, PG p. 234; Córdoba, Notas I, p. 298.
62. Cfr. Cuello Calón, PG p. 637; Antón, p. 234; Córdoba, Notas I, p. 298; Quintano, Curso I p. 399.
63. Cfr. Antón, PG p. 235; Jiménez de Asúa, La ley y el delito, p. 456.

Lección 7.
EL COMPORTAMIENTO HUMANO (LA ACCIÓN)

Bibliografía

Androulakis, Menschliches Verhalten als zentraler Bezugspunkt rechtlicher und insbesonderer strafrechtlicher Normierung, en Festschrift für J. Zepos, I, 1973; *Aller*, Dogmática de la acción y praxis penal, 2009; *Antolisei*, L'azione e l'evento nel reato, 1928; *Atienza*, Para una teoría general de la acción penal, ADPCP 1987, pp. 5 ss.; *Bacigalupo*, Delitos impropios de omisión, 2ª ed., Bogotá 1983; *Baumann*, Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 181 ss.; *Behrendt*, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; *Beristain*, Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico, en el mismo, Cuestiones penales y criminológicas, 1979, pp. 103 ss.; *Bloy*, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), pp. 609 ss.; *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966; *Bunster*, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 187 ss.; *Busato*, Derecho penal y acción significativa, 2007; *el mismo*, Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el "civil law" y el "common law" en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, en RP (35) 2015; *Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *Cerezo*, El concepto de la acción finalista..., en el mismo, Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982, pp. 15 ss.; *el mismo*, La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, en Problemas cit., pp. 39 ss.; *el mismo*, La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española, en Problemas cit., pp. 104 ss.; *el mismo*, La acción y la omisión como primer elemento del delito, en Moneda y Crédito, 1972, pp. 103 ss.; *el mismo*, El finalismo hoy, ADPCP 1993, pp. 5 ss.; *Conde-Pumpido*, Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción, en ADPCP 1962, pp. 265 ss.; *Córdoba Roda*, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, 1963; *el mismo*, Zum Verbrechensbegriff im spanischen Strafrecht, en Festschrift für R. Maurach, 1972, pp. 629 ss.; *Cuello Contreras*, El significado de la acción (u omisión) de persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica, en RECPC (15) 2013; *Dannert*, Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik, 1963; *Dedes*, Die Sinndeutung der Handlung, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 187 ss.; *Díaz Palos*, Acción, elemento del delito, en NEJ, II, 1950, pp. 207 ss.; *Engisch*, Der finale Handlungsbegriff, en Festschrift für Kohlrausch, 1944, pp. 141 ss.; *el mismo*, Tun und Unterlassen, en Festschrift für Gallas, 1973, pp. 163 ss.; *Fletcher*, Aproximación intersubjetiva al concepto de acción, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Frommel*, Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel, ADPCP 1989, pp. 621 ss.; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual, trad. de Córdoba Roda, 1959; *Gimbernat*, Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento, ADPCP 1987, pp. 579 ss.; *el mismo*, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990; *el mismo*, ¿Qué es la imputación objetiva?, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, X, pp. 167 ss.; *De Giorgi*, Anzione e imputazione, 1984; *Gössel*, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung, 1966; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur «vortatbestandlichen» Deliktsverneinung, GA 1996, pp. 1 ss.; *el mismo*, Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito

pretípica, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, (Luzón Peña/Mir Puig dtr.), 1999, pp. 22 ss.; *el mismo*, Reflexiones sobre la Teoría Final de la Acción, en RECPC (10) 2008; *Hirsch*, Der Streit um Handlungs-und Unrechtslehre..., ZStW 93 (1981), pp. 831 ss.; *Hohmann*, Personalität und strafrechtliche Zurechnung, 1993; *Huerta Tocildo*, Concepto ontológico o concepto normativo de omisión, en CPC nº 17 (1982), pp. 231 ss.; *Jaén*, El concepto de acción en la dogmática penal, 1994; *Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 307 ss.; *el mismo*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; *el mismo*, El concepto jurídico-penal de acción, Revista Peruana de Ciencias Penales, nº 3, 1994 (= el mismo, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 101 ss.); *Jeschek*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, en Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 139 ss.; *Kargl*, Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991; *Katsantonis*, Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht, ZStW 72 (1960), pp. 351 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Arthur Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, en el mismo, Schuld und Strafe, 1966, pp. 25 ss.; *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980; *el mismo*, Basis-Handlungen, en Rechtstheorie 1980, pp. 479 ss.; *Klug*, Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem, en Festschrift für C. A. Emge, 1960, pp. 33 ss.; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 327 ss.; *v. Liszt*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindings Handbuch des Strafrechts, en el mismo, Aufsätze und Vorträge, I, 1905, reimpr. 1970, pp. 212 ss.; *Luzón*, La acción o conducta como fundamento del delito, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J.R. Casabó, 1997, pp. 143 ss.; *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953; *el mismo*, Der Soziale Handlungsbegriff, en Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 256 ss.; *Maiwald*, Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?, ZStW 86, (1974), pp. 626 ss.; *Marinucci*, Il reato como «azione», 1971; *Helmuth Mayer*, Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, en Festschrift für H. v. Weber, 1963, pp. 137 ss.; *Martínez-Buján*, A concepção significativa da ação, Rio de Janeiro 2007; *Michaelowa*, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 29 ss.); *el mismo*, Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Strafrechts, en Jahrbuch f. Recht u. Ethik, 2, (1994), pp. 225 ss.; *Morillas Cuevas*, Construcción y demolición de la teoría de la acción, en LH al Prof. E. Gimbernat, 2008; *Muñoz Conde /Chiesa*, The Act Requirement as a Basic Concept of Criminal Law, en Cardozo Law Review, v. 28, 2007, pp. 2461 ss.; *el mismo*, Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Noll*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, en Kriminologische Schriftenreihe, t. 54, 1971, pp. 21 ss.; *Otter*, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau? 1973; *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *el mismo*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, en Festgabe für Frank, 1930, I, pp. 158 ss.; *Ramos Vázquez*, Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito, 2008; *Robles Morchón*, Sobre el concepto de acción en el Derecho penal: la acción como procedimiento y el tipo como norma procedimental, LH Barbero Santos, (Vol. I) 2001, pp. 1285 ss.; *Rodríguez Muñoz*, La doctrina de la acción finalista, 1953, reimpr. 1977; *el mismo*, Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista, ADPCP 1953, pp. 207 ss.; *el mismo*, La acción finalista en Derecho penal, Jus, marzo-abr. 1944; *Rogall*, Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung, ZStW 98 (1986), pp. 573 ss.; *Roxin*, Contribución a la crítica de la teoría final de la acción en el mismo, Problemas básicos del Derecho penal, trad. de Luzón Peña, 1976, pp. 84 ss.; *el mismo*, Rechtsidee und Rechtsstoff..., en Gedächtnisschrift für Radbruch, 1968, pp. 260 ss.; *Ruiz Antón*, La acción en el Derecho penal y la teoría de los actos de habla, en RDPCr, nº extra 1 (2000), pp. 69 ss.; *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schmidhäuser*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, en Gedächtnisschrift für Radbruch, 1968, pp. 268 ss.; *el mismo*, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?, JZ 1986, pp. 109 ss.; *el mismo*, Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 131 ss.; *el mismo*, Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff, GA 1996, pp. 303 ss.; *Eb. Schmidt*, Soziale Handlungslehre, en Festschrift für Engisch, 1969, pp. 338 ss.; *Schünemann*, Die Unterlassungsdelikte..., ZStW 96 (1984), pp. 287 ss.; *Sánchez Cánovas*, El nuevo paradigma de la inteligencia humana, 1986; *Silva*, El delito de omisión, 1986; *el mismo*, La función negativa del concepto de acción, ADPCP 1986, pp. 905 ss.; *el mismo*, ¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?, en LH al Prof. Cerezo Mir, 2002; *Stratenwerth*, Unwebußte Finalität, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 289 ss.; *Suárez Montes*, Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 379 ss.; *Vives*, Fundamentos del sistema penal, 1996; *V. Weber*, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, en

Festschrift für Engisch, 1969, pp. 328 ss.; *Weidemann*, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984, pp. 408 ss.; *Weinberger*, Die formal-finalistische Handlungstheorie und das Strafrecht, en Festschrift für Klug, 1983, pp. 199 ss.; *Welzel*, Strafrecht und Philosophie, en Kölner Universitätszeitung, 12 (1930), nº 9, pp. 5 ss. (=el mismo, Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964, pp. 27 ss.); *el mismo*, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), pp. 703 ss.; *el mismo*, Über Wertungen im Strafrecht, GS 103 (1942), pp. 340 ss.; *el mismo*, Naturalismus und Werthphilosophie, 1935; *el mismo*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), pp. 491 ss.; *el mismo*, Um die finale Handlungslehre, 1949; *el mismo*, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953; *el mismo*, El nuevo sistema del Derecho penal, trad. Cerezo Mir, 1964; *el mismo*, Vom Bleibenden..., cit. (=Erinnerungsgabe für Grünhut, 1965, pp. 173 ss.); *el mismo*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pp. 421 ss.; *el mismo*, La doctrina de la acción finalista, hoy, en ADPCP 1968, pp. 221 ss.; *el mismo*, Introducción a la Filosofía del Derecho, trad. González Vicén, 2ª ed., 1971; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 3 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung vom Verhalten..., 1981; *E. A. Wolff*, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; *el mismo*, Das Problem der Handlung im Strafrecht, en Gedächtnisschrift für Radbruch, 1968, pp. 291 ss.; *von Wright*, Explicación y comprensión, 1979; *Zugaldía Espinar*, La ampliación del sujeto del Derecho Penal: entes colectivos susceptibles de ser penados conforme a los artículos 31 bis y 129 del Código Penal, en LH al Prof. Rodríguez Ramos, 2013.

I. El comportamiento humano como elemento del delito

1 Es tradicional empezar la definición de delito diciendo que es una «acción» o «comportamiento humano». Y es cierto que en Derecho español —como en otras legislaciones—, de entre todos los hechos del mundo, sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos. El art. 10 CP dice: «Son delitos las *acciones y omisiones* dolosas o imprudentes penadas por la ley». Aquí el delito es una *especie* del género *comportamiento humano*. Pero ello no significa ni que ésta sea la única concepción posible del delito, ni que resulte conveniente comenzar la comprobación de si un determinado hecho constituye delito examinando si concurre un comportamiento humano.

2 Tampoco es conveniente comenzar el análisis de los casos prácticos preguntando si concurre un comportamiento humano, antes de saber si el hecho puede caber en algún tipo penal. Para decidir si un determinado hecho constituye o no delito, lo primero que hay que hacer es comprobar si *prima facie* constituye una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal prevista en algún tipo de delito. Sería una pérdida de tiempo empezar examinando si concurre alguna causa de exclusión del comportamiento humano respecto a un hecho evidentemente atípico, como el pasear por la calle.

3 Cuando estudiemos las causas de ausencia de un comportamiento humano veremos que esta cuestión no puede plantearse en abstracto («¿Hay *un* comportamiento humano?»), sino respecto a una determinada lesión o puesta en peligro típica. Así, puede faltar la acción humana en el momento de la lesión, pero ser ésta imputable a una conducta humana anterior; o puede que la lesión no sea imputable a ninguna acción humana, aunque el sujeto estuviera realizando otros actos a los que la lesión no sea imputable.

4 **El comportamiento humano ha de considerarse, por tanto, un requisito general exigido por los tipos penales**.

5 Como veremos, cuando está ausente un comportamiento humano no sólo falta la tipicidad penal y, por tanto, la antijuridicidad penal, sino también la imputación personal del hecho, esto es: todo el delito. También los demás presupuestos de la tipicidad penal condicionan la antijuridicidad penal del hecho y, por tanto, su posible imputación personal. Sin embargo, del mismo modo que es usual construir sintácticamente la definición de delito como un conjunto de adjetivos referidos al sustantivo «acción»,[1] suele asignarse a este concepto una **función de enlace o soporte** de todos los demás elementos del delito. Este planteamiento no es el único posible. Cabe igualmente partir en la definición de delito del resultado típico de lesión o puesta en peligro: así, diciendo que el delito es una *lesión o puesta en peligro* de un bien jurídico prevista en un tipo penal, imputable a una conducta humana intersubjetivamente peligrosa *ex ante* no justificada y personalmente prohibida a un sujeto penalmente responsable. Este otro planteamiento se aviene mejor al objetivo de la presente obra, de empezar destacando lo que trata de evitar un Derecho penal protector de bienes jurídicos. Por ello, en la Lección anterior se basó la antijuridicidad material en el desvalor del resultado. Pero también es cierto que, junto al ataque al bien jurídico que el Derecho penal *quiere* evitar, la teoría del delito destaca también las condiciones que *permiten* tratar de evitarlo de alguien, del hombre medio y del sujeto concreto. Si el resultado desvalorado constituye el *objeto* último de imputación, éstas otras son condiciones de la *posibilidad* de dicha imputación.[2] La conducta humana, en cuanto exige voluntariedad, es la primera de las condiciones de imputación del resultado típico: sin ella éste no puede imputarse *a nadie*. La peligrosidad *ex ante* de la conducta es condición de la imputación a un hombre medio. La posibilidad de imputar personalmente la infracción a un sujeto penalmente responsable, constituye el último nivel de la imputación jurídico-penal. *Una teoría del delito equilibrada ha de combinar ambas perspectivas: la del objeto de la imputación y la de las condiciones que hacen posible ésta*. Tras haber destacado en las Lecciones anteriores el daño típico a evitar, conviene ahora subrayar también la primera de las condiciones que permiten imputarlo a alguien: el comportamiento humano voluntario. Este es el aspecto que pusieron de relieve el iusnaturalismo racionalista primero y los hegelianos después, al concebir el delito ante todo como «acción», en el sentido de *obra de la libertad humana*.

6 Pero cabe distinguir entre la exigencia de un comportamiento humano, como requisito **general** de todo tipo penal, y la necesidad de que concurra la **específica** conducta exigida por un tipo penal *determinado*. La comprobación de lo primero es previo al examen de lo segundo. Así, si el sujeto actuó bajo una fuerza irresistible, que excluye el comportamiento humano (ver Lección 8), no es necesario comprobar qué concreto tipo penal podría considerarse realizado. De ahí que tenga sentido **estudiar la problemática general del comportamiento humano antes de considerar las distintas clases de tipos**.

---

1. Ello procede de Berner, uno de los hegelianos del siglo XIX que basaron el concepto de delito en la acción: cfr. De Giorgi, Azione, p. 37. Cfr. también Radbruch, Handlungsbegriff, pp. 71s., y Mezger, Tratado, I, p. 177.

2. Cfr. Mir Puig, Jahrbuch f. Recht und Ethik, 2 (1994), p. 225. La distinción entre lo que el Derecho penal *quiere* evitar y lo que *puede* evitar a través de normas la tomo de Gimbernat, Estudios, p. 224, aunque la entiendo en un sentido algo distinto.

II. Rasgos generales de la evolución histórico-dogmática del concepto de acción o comportamiento humano[3]

En la actualidad coexisten tres concepciones principales de la acción, origen de profundas divergencias en la ciencia jurídico-penal: el concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción. La explicación de tales discrepancias ha de buscarse en el origen histórico de cada una de dichas concepciones, que marcan los hitos más importantes no sólo de la evolución del concepto de acción, sino también de la moderna historia de la dogmática jurídica. **7**

1. El **concepto causal de acción** constituye la posición tradicional y todavía mantenida por una parte de la doctrina española actual. Sin embargo, su momento de apogeo se remonta a fines del siglo XIX e inicios del XX, como consecuencia del enfoque *científico-naturalista* de la metodología jurídico-penal, influida por el optimismo científico producido por el espectacular progreso de las ciencias naturales en el siglo XIX (*positivismo naturalista*). A continuación, y en especial hasta la 2ª Guerra Mundial, conoció una versión *valorativa* de cuño neokantiano. **8**

A) Formulado a partir de una metodología positivista, el **concepto causal-naturalista** constituye en la dogmática alemana el pilar del esquema *clásico* del delito, cuyas bases sentaron von Liszt y Beling. Para von Liszt, la acción (positiva) era: 1) un *movimiento corporal*; 2) *causado por un impulso de la voluntad*; movimiento que, a su vez, 3) *causa de una modificación del mundo exterior*.[4] El núcleo esencial de este concepto era la categoría de la *causalidad*. **9**

El «impulso de voluntad» sólo importaba en cuanto *causa* de la conducta externa, por lo que era indiferente cuál fuera el *contenido* de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiera causado el movimiento corporal externo. La *dirección final* de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto causal de acción. **10**

Ejemplo: El conductor que atropella a un peatón causa un resultado (el atropello) mediante un movimiento corporal (conducir) que puede considerarse causado por un **11**

3. Para una exposición general de esta evolución cfr. Jeschek, E. Schmidt-Festschrift, pp. 139 ss.; el mismo, Tratado, pp. 292 ss.; Maurach, Tratado, pp. 191 ss.; Welzel, Nuevo sistema, pp. 31 ss.; el mismo, Lb., pp. 38 ss.; Luzón, Curso, pp. 250 ss.; Vives, Fundamentos, pp. 103 ss .Para la evolución del concepto de acción durante el siglo XIX antes de von Liszt vid. las obras de Radbruch y Bubnoff cit. en la bibliografía.

4. Cfr. Von Liszt, Tratado, II, p. 297; el mismo, Aufsätze, I, pp. 222 ss.; También. Radbruch, Handlungsbegriff, pp. 75 s., 132, exige para la acción un movimiento corporal en relación con una voluntad y causante de un resultado. Beling, Lehre vom Verbrechen cit. (supra Lec. 6), pp. 11ss., prescinde de la exigencia de causación de un resultado, pero sigue concibiendo en términos causales la relación entre voluntad y acción (en el sentido que se indica en el párrafo siguiente del texto).

impulso de voluntad (el que determina a conducir) *aunque esta voluntad no alcance al resultado del atropello*.

12 Este planteamiento causal-naturalístico conducía a una concepción muy insatisfactoria de la *omisión*, que no es un movimiento corporal que cause una modificación en el mundo exterior.[5] La omisión se explicaba, entonces, como «omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo», como «causa no impediente de un cambio en el mundo externo», pero es evidente que la *ausencia* de movimiento y el *no* impedir un cambio son conceptos meramente negativos que no permiten construir ningún concepto (positivo) de omisión.

13 B) Con la irrupción de la idea de *valor* en la metodología jurídico-penal, bajo el influjo del *neokantismo* de Stammler, Rickert y Lask, esta versión naturalística del concepto de acción no pudo mantenerse intacta. La metodología neokantiana reclamó junto a las ciencias de la naturaleza la autonomía de lo que llamaron las *ciencias del espíritu*, que a diferencia de aquéllas no se contentaban con el *observar y describir hechos*, sino que exigían el *comprender* y el *valorar el sentido* de los hechos.[6] La consecuencia para el concepto de acción es que ya no podía contentarse con ser un hecho naturalístico ajeno al valor, sino que debía ser *susceptible de soportar los juicios de valor* (desvalor) representados por las categorías de antijuridicidad y culpabilidad. Así, lo que Jescheck[7] llama concepto *neoclásico* de delito, determinó un **concepto valorativo de acción** como «comportamiento», como «realización de la voluntad humana» (Max Ernst Mayer), como «comportamiento voluntario» (v. Hippel) o, simplemente, «conducta humana» (Mezger).[8]

14 Bajo este concepto valorativo de comportamiento se creyó poder cobijar la omisión (como comportamiento caracterizado por la ausencia de una acción esperada). Pero, aunque el concepto de la acción dejó de ser *naturalístico*, no por ello dejó de ser *causal*; la esencia de la acción era todavía el ser causación, causada a su vez por la voluntad, pero *no dirigida* por ella. Esto se expresaba diciendo que lo esencial de la acción no era el *contenido* de dirección de la voluntad —esto es, si el autor quería o no producir el hecho típico—, sino sólo el que obedeciese a *una* voluntad —dirigida o no a producir el hecho

5. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 274. Aunque Radbruch, Handlungsbegriff, pp. 132 ss., que concibe la omisión precisamente como negación de los tres elementos de la acción (voluntad, hecho y relación de causalidad), le añada el requisito de la posibilidad física de actuar, ello no convierte en positivo el concepto de omisión. Para una crítica de los conceptos negativos de omisión cfr. Silva, Omisión, pp. 74 ss.

6. Cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 233 ss.; Larenz, Metodología (cit. supra, Lec. 6, II), pp. 113 ss.; Welzel, Naturalismus, pp. 41 ss.; von Wright, Explicación, pp. 22 ss. Ver además las obras de Baratta y Schwinge, cit., supra Lec. 6, II.

7. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 276.

8. Cfr. por ejemplo, Mezger, Tratado, I, pp. 190 ss.

típico—. El contenido de la voluntad se dejaba para la culpabilidad, en donde se situaba el dolo.[9]

15 2. El **concepto final de acción**, obra de Welzel, surgió también como resultado de un giro de la metodología jurídica. Así como el neokantismo valorativo determinó la transformación del concepto naturalístico de acción, la aplicación del método *fenomenológico* y *ontológico* al Derecho penal llevó a la sustitución del concepto causal por un concepto final de acción.[10] Este concepto, que Welzel ha ido perfeccionando en distintos trabajos, lo presentó por primera vez en sus obras *Strafrecht und Philosophie* (1930), *Kausalität und Handlung* (1931), y, sobre todo, *Naturalismus und Werthphilosophie im Strafrecht* (1935).

16 El punto de partida del finalismo es la superación del subjetivismo epistemológico característico del neokantismo de la Escuela Sudoccidental Alemana, a través del reconocimiento de que el mundo empírico se halla *ordenado previamente al conocimiento humano*. No es el hombre, con la aportación de sus categorías mentales, quien determina el orden de lo real, sino que el hombre *se encuentra* con un orden objetivo[11] que responde a unas **estructuras lógico-objetivas** (no subjetivas).[12] Con ello se admite el nuevo punto de vista objetivista que reinstauró la fenomenología de Husserl. Pues bien, de ahí deduce Welzel que la acción es un concepto *prejurídico*,[13] existente antes de la valoración humana y por ello precedente a la valoración jurídica. El análisis de dicho concepto muestra que lo *específico* del mismo no es la causalidad, sino la *finalidad* (esto es, el dirigirse *intencionalmente* a una meta previamente elegida),[14] porque también las fuerzas de la naturaleza operan causalmente. Sólo la acción humana es «vidente» («ve» adónde tiende: la finalidad perseguida), a diferencia del resto de los procesos naturales, que actúan de modo «ciego». La acción humana se caracteriza, pues, por ser «ejercicio de actividad final».[15]

---

9. Cfr. Mezger, Tratado, I, pp. 201 ss.

10. Cfr. Córdoba Roda, Nueva concepción, pp. 37 ss.; Mir Puig, Introducción, pp. 247 ss.

11. Cfr. Welzel, Naturalismus, pp. 74 s.; el mismo, Strafrecht u. Philosophie, pp. 28 ss.; el mismo, Nuevo sistema, pp. 17 ss.

12. Cfr. Welzel, Introducción, p. 257, y Nuevo sistema, p. 14; Cerezo, Naturaleza de las cosas, pp. 49 ss.

13. Cfr. ya Welzel, Strafrecht u. Philosophie, p. 30.

14. En un principio Welzel utilizó el término «intencionalidad» (cfr. su obra Kausalität, p. 706 s.) para expresar lo que luego, tomando la terminología del filósofo Hartmann, llamaría «finalidad» (a partir de Naturalismus, p. 79). En uno de sus últimos trabajos lamentaba Welzel no haber podido contar desde un principio con el término de la moderna cibernética «conducción», que en su opinión habría evitado incomprensiones en la esfera de los delitos imprudentes: cfr. Welzel, Maurach-Festschrift, p. 7.

15. Con esta definición empieza Welzel el estudio del concepto de acción en su Tratado: Lb., p. 33. También desde la filosofía (von Wright, Explicación, pp. 111 ss.) y la psicología (Sánchez Cánovas, Nuevo paradigma, pp. 83 s.) actuales se mantiene una concepción «teleológica», «intencional» del comportamiento humano.

17 Frente a este concepto deben sentirse vinculados el legislador y la dogmática, de modo que no cabe *mutilar* la acción despojándola de la componente de finalidad.[16] Al concepto de acción pertenece no sólo el momento de causalidad, sino también ya desde un principio, el de la finalidad, que no cabe trasladar a la culpabilidad sin vaciar de contenido la acción, objeto de la antijuridicidad. La acción no exige sólo ser causada por *una* voluntad, cualquiera que sea, sino además ser *conducida finalmente* por el contenido de finalidad de la voluntad. La consecuencia fundamental de este planteamiento es la inclusión del dolo (que se equipara a la finalidad) en el tipo de injusto de los delitos dolosos: si el delito es acción antijurídica, *la antijuridicidad debe recaer sobre la acción y ésta exige esencialmente la finalidad*, finalidad que en los hechos dolosos equivale, precisamente, al dolo. Con ello se han trastocado los cimientos de la teoría clásica y neoclásica del delito, caracterizadas por la distinción de antijuridicidad y culpabilidad como referidas, respectivamente, a las partes objetiva y subjetiva de hecho (cfr. *supra*, Lección 6, III).

18 3. El **concepto social de acción**, en su versión defendida por Jescheck,[17] se presenta como superación de insuficiencias del concepto causal y del concepto final de acción para explicar satisfactoriamente todas las distintas formas de comportamientos relevantes para el Derecho penal.

19 A la teoría finalista de la acción le reconoce el haber explicado más satisfactoriamente que la teoría causal el hecho doloso, que constituye el punto de partida y la regla general de los Códigos penales. Considera correcto ver la esencia del hecho doloso en la finalidad, y no en la sola causalidad. Pero se objeta que la finalidad no explica satisfactoriamente la *omisión*, a la que falta la «conducción final de un proceso causal», precisamente porque ésta supone la negación de todo hacer causal. Y *no querer* actuar no es todavía omisión, pues hace falta lo esencial, que es el *deber* de actuar, el cual no tiene nada que ver con la finalidad. Pero sobre todo, se arguye en contra del concepto final de acción que tampoco la finalidad es lo *esencial* en los *delitos imprudentes*, ya que el perseguir el

16. Cfr. Welzel, Über Wertungen, pp. 340 ss.; el mismo, Vom Bleibenden, pp. 6, 8 s.

17. Cfr. Jescheck, E. Schmidt-Festschrift, pp. 150 ss.; el mismo, Tratado, pp. 295 ss. Pero el concepto social de acción procede de E. Schmidt, desde que puso al día la 26ª ed. del Tratado de Von Liszt (1932). Cfr. también Eb. Schmidt, Engisch-Festschrift, pp. 338 ss.; Engisch, Kohlrausch-Fest., pp. 161 ss.; Maihofer, E. Schmidt-Fest., pp. 178 ss.; Wessels, AT (5ª ed.), pp. 16 s.; E. A. Wolff, Handlungsbegriff, pp. 29 ss.; el mismo, Radbruch- Gedächtnisschrift, p. 299. Más recientemente Jakobs, Handlungsbegriff, pp. 12 s., 24 ss., 28 ss., 44 s., ha defendido un concepto social jurídico-penal de acción que anticipa, la imputación subjetiva, la imputación objetiva y la propia culpabilidad: «Acción e imputación de la culpabilidad —que a su vez presupone la imputación del injusto— son una misma cosa» (p. 45). Pero un concepto de acción como éste —como el de los hegelianos— constituye, por una parte, una reiteración innecesaria y pierde, por otra, su funcionalidad específica como elemento diferenciado. En España acoge una versión causalista del concepto de acción social Rodríguez Mourullo, PG, pp. 220, 222 s.; lo rechaza Rodríguez Devesa, PG, p. 352.

resultado atípico no es más que un momento negativo en la imprudencia, cuya esencia es la infracción de la norma de cuidado.[18]

Ahora bien, la teoría causal de la acción tampoco explicaría satisfactoriamente la *omisión*, porque sin duda en la omisión pura falta todo proceso causal efectivo. Por otra parte, se dice que la teoría causal no se aviene bien con la esencia del *delito doloso*. **20**

La teoría social de la acción entiende que la única forma de encontrar un concepto de acción común a los delitos dolosos, los culposos y los de omisión, es remontarse a un denominador común que pueda aglutinar las distintas modalidades de comportamiento que dan lugar a cada una de aquellas clases de delitos. Ese denominador común no puede hallarse en el ámbito del ser, puesto que en él se contraponen dos categorías ontológicamente irreconducibles: la finalidad (ejercicio de actividad final) y la no utilización de la finalidad cuando podía tener lugar y era esperable. Para reunir ambas categorías en un concepto unitario de acción hay que remontarse a un punto de vista superior de naturaleza valorativa, que aúne lo incompatible en la esfera del ser. Tal punto de vista ha de ser la perspectiva social: será acción todo «comportamiento humano socialmente relevante». La finalidad y la posibilidad de finalidad serán los dos criterios que, junto al de trascendencia exterior, concederán relevancia social a un comportamiento humano: la finalidad en los hechos dolosos, y la posibilidad de finalidad en la imprudencia y la omisión. En la imprudencia, porque el hecho causado podía haberse evitado mediante la conducción final del proceso, y en la omisión, porque también el no hacer lo esperado podía haberse evitado finalmente.[19] **21**

4. **Otras concepciones actuales** propuestas por la doctrina, además de las expuestas, son las incluibles en el **«concepto negativo de acción»**, que ven en la acción una *«no evitación evitable»* del hecho (Herzberg y Behrendt)[20], o, por lo menos, consideran la *evitabilidad* como la nota esencial de la acción (como Jakobs),[21] en el **«concepto personal de acción»**, que caracterizan la acción como manifestación de la personalidad (Arthur Kafmann, Rudolphi, Roxin —en su última posición—)[22] y en la «**concepción significativa de la acción**», que concibe **22**

18. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 294.
19. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 295 ss.
20. Ver las obras de estos autores cit. en la bibliografía.
21. Cfr. Jakobs, AT, § 6/24. Ver la exposición y crítica de Roxin, AT, § 8/32 ss. Pero con posterioridad Jakobs, Handlungsbegriff, p. 45, ha propuesto una concepción de la acción como *síntesis* de todas las exigencias de imputación objetiva, subjetiva y personal del hecho, como equivalente a «imputación de culpabilidad». Este planteamiento entronca con la concepción de la acción de los hegelianos.
22. Cfr. Roxin, AT, § 8/44 ss. (3ª ed.) Luzón, Curso, pp. 265 ss., considera también «personal» el concepto de acción que en España propone Gimbernat (ADPCP 1987) y el suyo propio, aunque —a diferencia de Roxin y Gimbernat— mantiene la exigencia de voluntariedad referida a la conducta.

las acciones como «interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano».[23]

III. Toma de posición

23 1. La discusión doctrinal esbozada, en sus rasgos esenciales, en torno al concepto de acción, ha sido en los últimos tiempos tan intensa que ha *exagerado* la importancia de dicho concepto para la teoría del delito. Ello ha sido fruto, sobre todo, de la polémica entre el concepto causal y el concepto final de acción. Los finalistas han pretendido poder extraer del concepto de acción, como consecuencia inevitable, el único esquema posible para la sistemática del delito, elevando la acción a pieza decisiva de la total ordenación y contenido de las demás características del delito. Desde hace unos años[24] se advierte una importante *reacción* en contra de tal planteamiento, manifestada en críticas como las de Gallas, Schmidhäuser y Roxin,[25] llegándose a mantener la necesidad de prescindir del concepto de acción. Este otro extremo no está tampoco justificado.[26] La solución correcta es una vía media, que restituya la acción a sus verdaderos límites.

24 2. El *concepto* de «acción» o «comportamiento» que importa al Derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos —de su «estructura lógico-objetiva» en el sentido de Welzel—, sino que depende también de las exigencias del Derecho penal.[27] Sin duda, los comportamientos relevantes para el Derecho penal existen *antes* de éste y con independencia de sus condicionamientos: el matar existiría aunque no se hallara penado por la ley. Mas también existen otros hechos que no pueden importar al Derecho penal ni ser incluidos en los conceptos de «acción» o «comportamiento» que aquí interesan. La selección de los hechos jurídico-penalmente relevantes sólo puede efectuarse desde el prisma del Derecho penal.[28] Por de pronto, la misma exigencia de que se trate de un hecho *del*

---

23. Vives, Fundamentos, pp. 205 ss. Esta concepción atiende, como la concepción social, al sentido social, pero no define la acción como el *sustrato* conductual de dicho sentido, sino como el propio *sentido* de dicho sustrato.

24. Pero ya mucho antes se inició esta postura por Radbruch, Frank-Fest. (1930), pp. 161 ss., quien propuso sustituir el concepto de acción por el de «realización del tipo».

25. Vid. las obras de estos autores cit. en la bibliogr. general de esta Lec., así como las de Bubnoff, Klug, Maiwald, Otter, Marinucci y Noll. En nuestro país cfr. p. ej., Gómez Benítez, Teoría, pp. 91 ss.; Cobo/Vives, PG, pp. 337 ss. No obstante, Roxin, en su Tratado (AT, § 8/43), vuelve a subrayar la necesidad de considerar la acción humana como categoría previa a la tipicidad y, en particular, como «manifestación de la personalidad» (AT, §8/44 ss.).

26. Cfr. Gimbernat, Imputación objetiva, p. 173.

27. En contra Gimbernat, ADPCP 1987, pp. 579, 583 ss., que cree posible partir de un concepto ontológico de acción, que a su juicio es el de la doctrina «causal» con ciertas modificaciones. Pero desde la filosofía y la psicología hoy se sostienen conceptos teleológicos, finales, de acción: vid. supra nota 15. Reivindica, en cambio, un concepto jurídico-penal de acción Jakobs, Handlungsbegriff, pp. 12 s.

28. Se trata de una selección entre distintos sentidos posibles de comportamiento preexistentes al Derecho penal. No todo lo que puede considerarse como comportamiento al margen del Derecho penal debe reputarse tal para éste, pero tampoco cabría convertir en comportamiento para el Derecho penal algo que previamente no pudiera ser calificado de tal en ningún sentido posible. Ver, p. ej., lo que se dice infra III 3 B respecto de la pasividad. Cfr. también supra Lec. 5 III 2. Por otra parte, lo dicho significa que mantener un concepto jurídico-penal de acción no supone negar que puedan utilizarse otros sentidos más amplios de acción a efectos distintos a los de la teoría del delito —como parece presuponer Luzón, Curso, pp., 258 s., 265—: significa sólo que, *a los efectos de la teoría del delito* se elige un

hombre sólo puede fundarse en la función del Derecho penal, que solamente puede intentar regular con éxito conductas del hombre, porque sólo éste puede captar su llamada. Pero también depende de los límites de la función del Derecho penal el *sentido* en que le importan los hechos del hombre. Éstos pueden contemplarse en cuanto constituyan *acciones finales* (dirigidas voluntariamente a una meta) o en cuanto *causen* una modificación en el mundo exterior. El lenguaje permite afirmar que un hombre ha matado a otro tanto si lo ha hecho voluntariamente como si no ha sido así, y aunque la muerte haya sido fortuita. El finalismo afirma que sólo son acciones las conductas finales, mientras que el causalismo atiende a la mera eficacia causal del hecho. En realidad, desde un punto de vista *prejurídico* que sólo atienda a la realidad de los hechos del hombre, tanto la finalidad como la causalidad permiten hablar de acciones humanas. Ni siquiera hace falta el «impulso voluntario» del que hablaba el naturalismo: en su sentido amplio, también el sonámbulo realiza una conducta humana, porque procede de un hombre. Sin embargo, es evidente que no todos estos hechos del hombre importan al Derecho penal: *no le importan aquéllos que no pueden ser prohibidos a nadie y, por tanto, no pueden ser desvalorados como penalmente antijurídicos por falta de desvalor intersubjetivo de la conducta*. Éstos son los que se excluyen del *concepto jurídico-penal* de «acción» o «comportamiento». Se confirma, pues, que la delimitación de este concepto no puede obtenerse de la «estructura lógico-objetiva» del concepto de «acción», sino de los condicionamientos de la función de las normas penales. Del concepto de acción no puede, pues, seguirse ninguna consecuencia para el contenido (causal o final) del injusto, sino que, al contrario, son las exigencias del injusto las que permiten delimitar el concepto de comportamiento que importa al Derecho penal.

25 El examen de la función de las normas penales en un Estado social y democrático de Derecho pone de manifiesto que sólo tiene sentido en él prohibir *a alguien* aquellos *comportamientos del hombre* que sean *externos* y *finales*:[29] sólo ellos permiten la presencia del *desvalor intersubjetivo de la conducta* necesario para la antijuridicidad penal y base de la prohibición personal del hecho.[30] Al hablar de «comportamiento», mejor que de «acción», quiero expresar que la conducta humana no importa al Derecho penal como *movimiento físico*, sino como dotada de significado social. Al utilizar el adjetivo «final» acojo la terminología propuesta por el finalismo.[31]

26 Con la exigencia de comportamiento humano se subraya *desde el principio* que la presencia de un delito está condicionada, en su base y en todos los demás elementos que se apoyan en ella, doblemente: por lo que es legítimo *desear* evitar como delito y por lo que legítimamente se *puede* considerar delictivo en un Estado social y democrático de Derecho (donde la exigencia de que el querer y el poder sean *legítimos* constituye un tercer elemento normativo de enlace). Con el presupuesto de la conducta humana se quiere expresar que sólo es legítimo desear prohibir penalmente conductas *externas* (primer postulado del principio de dañosidad

---

determinado sentido posible del concepto de acción, sin negar la existencia de otros sentidos posibles, útiles a otros efectos.

29. Vid. Mir Puig, Función, pp. 49 ss.

30. A diferencia de otras condiciones *personales* de la prohibición de una conducta, el comportamiento humano no sólo condiciona la prohibición a una determinada persona, sino *a toda persona*. Por ello, el comportamiento humano no es sólo una condición de la *imputación personal* del hecho, sino una condición *intersubjetiva* del desvalor del hecho y de su consiguiente prohibición: condiciona ya el desvalor intersubjetivo de la conducta necesario para la antijuridicidad penal.

31. A favor de conciliar las concepciones final y social de la acción Maurach/Zipf, AT, § 16 ns.68 ss.

social) y que sólo se pueden prohibir legítimamente conductas *voluntarias* (exigencia básica del principio de imputación o de culpabilidad en sentido amplio: cfr, infra, Lec. 4, IV 2).[32]

27 A) En un Estado social y democrático de Derecho sólo es lícito prohibir penalmente **comportamientos externos** y no meramente mentales. Desde la Revolución francesa se considera fundamental limitar la acción del Derecho al fuero externo y nadie discute que no cabe castigar los pensamientos. Éstos quedan reservados a la esfera de la Moral en cuanto no influyan en el mundo externo. Por otra parte, en el modelo de Estado acogido por el art. 1, 1, de la Constitución sólo es admisible castigar *conductas y no personalidades* (**Derecho penal del hecho**): sólo hechos concretamente delimitados y no formas de ser o caracteres como los que castigaba el «Derecho penal de autor» nacionalsocialista del III Reich.

28 B) El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho sólo puede prohibir **comportamientos voluntarios, finales**.[33] En un tal Derecho penal las normas se justifican por su necesidad para evitar de sus destinatarios determinados comportamientos indeseables. Las normas penales no tienen entonces sentido en orden a evitar comportamientos que no puedan ser evitados mediante su motivación normativa. Pues bien: éste es el caso de los hechos que el hombre no conduce finalmente, aquéllos cuya realización no obedece al control final de su voluntad y que, por tanto, no podría su autor decidir dejar de realizar por influjo de una norma que se los prohibiera. La motivación de la norma se dirige a la voluntad (finalidad) de su destinatario, para que omita *por obra de dicha voluntad* determinadas conductas, y el sujeto no podría omitir voluntariamente (finalmente) los comportamientos no guiados por su voluntad (finales).

29 3. A) **Tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes es precisa la concurrencia de un comportamiento final**. En los delitos dolosos éste es el que realiza conscientemente el hecho típico. En los delitos imprudentes es la conducta descuidada que pone en marcha el proceso causal involuntariamente lesivo.[34]

---

32. Sobre el juego de lo que es deseable, lo que es posible y lo que es legítimo o lícito en la teoría del delito cfr. Mir Puig, Función, pp. 47 s. y, en relación con su influencia en la diferenciación de tipicidad, justificación y culpabilidad, pp. 89 s. (donde se matiza la distinción de Gimbernat, Estudios, p. 224, de lo que el Derecho «quiere» castigar y de lo que «puede» castigar, como criterios de diferenciación de injusto y culpabilidad).

33. La voluntad debe entenderse aquí como voluntad consciente: cfr, Mir Puig, ADPCP 1988, pp. 664 ss. Silva, ADPCP 1986, pp. 922, 929 s., ha puesto de relieve que basta un grado mínimo de consciencia para que no quepa excluir de antemano la posibilidad de motivación de la norma, por lo que basta dicha consciencia mínima para la presencia de un comportamiento prohibible. Así puede afirmar el carácter de comportamiento de las reacciones primitivas y de los automatismos. La voluntad que así exigimos coincide ampliamente con la que requiere Luzón, Curso, pp. 266 ss.

34. Un sector de la doctrina considera que los automatismos (andar, conducir un vehículo) no son voluntarios y, sin embargo, pueden considerarse comportamientos prohibibles. Cfr. sobre esto, p. ej.: Jakobs, AT, pp. 120 s., que sustituye por ello el requisito de finalidad por el de evitabilidad, inadecuado porque, aparte de no expresar ninguna característica actual, sino sólo potencial, anticipa una problemática

Por supuesto que la esencia de la imprudencia no es la finalidad, sino el momento normativo de la infracción de una norma de cuidado,[35] pero ello no es más que consecuencia lógica de que la imprudencia (como el dolo) importa al Derecho penal como elemento de un tipo penal —nivel normativo— y no una clase de comportamiento —nivel prejurídico—. Es incorrecto hablar de la «*acción* imprudente», como lo sería hablar de la «*acción* dolosa»: se debe hablar de «tipo imprudente» o «tipo doloso». La comprobación de la existencia de comportamiento es previa a la distinción de tipos imprudentes y tipos dolosos. Ello supone que el comportamiento ha de definirse por notas *comunes* a ambas clases de delitos. **30**

B) Pero, **¿es correcto afirmar la necesidad de un comportamiento externo (y final) en los delitos de omisión?** **31**

Juzgando imposible considerar requerible en tales delitos una acción en el sentido naturalístico positivo del concepto, la doctrina dominante ha mantenido la categoría de comportamiento en los delitos omisivos por el procedimiento de entenderlo en un sentido *normativo-social*, como comportamiento consistente en la defraudación de una expectativa social (pese a la expectativa social de una determinada acción, el sujeto no la realiza).[36] Me parece, sin embargo, decisiva la objeción que Gallas ha dirigido a un tal planteamiento: para la existencia de un delito de omisión no es imprescindible la concurrencia de una expectativa social prejurídica, defraudada por la conducta del sujeto, sino que, aun faltando, *bastaría* la infracción del deber de actuar impuesto *por la ley penal*.[37] ¿Significa esto que no existe en la omisión ningún comportamiento humano que pueda exigirse como requisito previo del tipo penal? **32**

La única forma de obviar esta consecuencia inadmisible es advertir que los tipos omisivos requieren, tanto como los de comisión positiva, un comportamiento humano externo constituido generalmente por una *actividad positiva*.[38] La no realización de la conducta descrita por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva *distinta* a aquélla. Así, por ejemplo, el conductor que no se detiene en el lugar del accidente para socorrer a la víctima, omite la prestación de auxilio a través de la acción positiva de *alejarse* del lugar del suceso. Esta acción no importa ciertamente para la omisión **33**

---

del tipo imprudente, como lo prueba que niegue el carácter de acción al caso fortuito (p. 121); Silva, ADPCP 1986, pp. 925 ss. (vid. supra nota 20 bis). Gimbernat, ADPCP 1987, pp. 586 s., incluye estos movimientos automáticos en el concepto de comportamiento no requiriendo para éste la voluntariedad, sino sólo que se produzca en situación de consciencia y sin estar condicionado físicamente de manera necesaria (sin fuerza irresistible o movimientos reflejos). Existe otra vía que permite mantener la nota de voluntariedad: negar a los automatismos en que falte el mínimo de voluntad consciente necesaria el carácter de comportamiento prohibible, pero admitir la posibilidad de imputar como omisión la falta de control voluntario posible de los actos automatizados. Así la postura de Behrendt, comentada críticamente por Silva, ADPCP 1986, p. 928. Por otra parte, contra lo que sostiene Gimbernat, ADPCP 1987, pp. 587 s., no hay que negar la concurrencia de voluntariedad en los actos fallidos: cfr. Mir Puig, ADPCP 1988, p. 668.

35. En base a esta línea de consideraciones formula reparos al concepto final de acción Jescheck, Tratado, p. 294.

36. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 485.

37. Cfr. Gallas, Teoría del delito, pp. 17 ss.

38. Así Bacigalupo, Delitos de omisión, pp. 75 ss. Ha fundamentado y desarrollado convincentemente esta tesis Silva, Omisión, pp. 134 ss. También se manifiesta fundamentalmente de acuerdo Luzón, Curso, pp. 269 ss.

en su específico sentido positivo (así, no importan sus efectos causales positivos), pero sí en cuanto la misma se realiza en lugar de la debida. Podría decirse que en los delitos de omisión existen tantos comportamientos (positivos) típicos cuantas posibles conductas distintas e incompatibles con la acción esperada. El legislador hubiera podido describir tales tipos positivamente diciendo: «el que realizare un comportamiento distinto e incompatible con el de...»; aunque ciertamente hubiera sido menos elegante.

34 También cuando el sujeto omite mediante la pasividad puede afirmarse que lo hace a través de un *comportamiento* dotado de un *significado social positivo* distinto al de no hacer algo esperado. Así, quien permanece relativamente quieto de pie mientras observa un accidente a cuya víctima debería socorrer, está realizando un comportamiento que socialmente posee el significado de «estar de pie observando», lo cual ya es «hacer algo» positivo.[39]

35 Más difícil resultaría calificar comportamientos como éste de «acciones» en sentido estricto, pues el término «acción» alude a una intervención «activa» y resulta poco adecuado al carácter pasivo de los comportamientos ahora examinados. De ahí que prefiramos hablar de «comportamiento» en lugar de «acción». Como se ve se trata de un concepto *social*, no naturalístico, de comportamiento.

36 Por esta vía se evita el absurdo de tener que admitir que puedan existir delitos, como los de omisión, que no requieran ningún comportamiento humano y cuyo tipo se asiente en un concepto meramente negativo, de «no hacer» (aunque sea «no hacer algo determinado»), que como tal *no es nada ni puede existir*.[40] También se consigue mantener un concepto unitario de comportamiento humano (final y externo) como base común de todo delito.

37 No se trata con esto de pretender un «supraconcepto» de comportamiento que abarque, como especies suyas, a la acción y la omisión. Como habrá de verse al estudiar el tipo de omisión, a mi juicio para el Derecho penal ésta no es una clase de comportamiento prejurídico — ni siquiera en el sentido de comportamiento prejurídico seleccionado por el Derecho penal—, sino de tipo legal. La acción y la omisión se mueven en planos distintos: ontológico y prejurídico el de la acción[41], y jurídico el de la omisión. En el plano ontológico y

---

39. Así Silva, Omisión, p. 132.

40. Concibe la omisión en el sentido negativo de «no hacer algo esperado» y en contraposición a la acción, Armin Kaufmann, Dogmatik, pp. 25 ss. También es puramente negativo el concepto de comportamiento pasivo que propone Gimbernat, ADPCP 1987, pp. 579, 593 s., 599, 605 s., pues, aunque hable de «manejo de procesos causales dejando que sigan su curso», esto último no constituye ningún «manejo», concepto activo, sino precisamente la no intervención, el no manejo del proceso causal. Los ejemplos que este autor propone para demostrar la existencia de comportamientos pasivos (como el de ganar un punto al tenis dejando pasar la pelota que va a caer fuera de las líneas del terreno propio) (pp. 584, 598) son en realidad casos de comportamientos dotados de un sentido social positivo y no sólo de no hacer.

41. En el sentido expresado supra III 2 y sin perjuicio, por tanto, de afirmar que la selección de los comportamientos relevantes para el Derecho penal, así como el sentido en que le importan deben decidirse desde el prisma jurídico-penal. Es esta perspectiva del Derecho penal la que conduce a exigir la

prejurídico sólo hay acciones y comportamientos positivos, los cuales pueden, al nivel jurídico, realizar tanto un tipo de acción como un tipo de omisión (o una «omisión»). Según el planteamiento aquí defendido, no es que la omisión *«consista»* en una conducta positiva, sino sólo que la omisión *requiere*, como uno de sus presupuestos, un comportamiento humano positivo. La omisión constituye un concepto normativo que exige no sólo el dato prejurídico del comportamiento, sino también que éste se contraponga a una conducta descrita en un tipo penal.[42]

38 4. Las **funciones** principales del concepto de comportamiento acabado de examinar son dos: la función de *selección previa* de los hechos irrelevantes totalmente para la valoración jurídico-penal (**función negativa** de la acción), y la función de *base sustancial mínima* sobre la que puedan asentarse las demás categorías del delito y, en particular, todas sus modalidades (delitos dolosos, imprudentes y de omisión) (**función positiva** de la acción).[43]

39 Desde el primer punto de vista, la función negativa de selección de los hechos irrelevantes para el Derecho penal que corresponde al concepto de acción ha de servir para excluir los *actos meramente internos* y los *hechos no guiados por la voluntad humana*. En el segundo aspecto positivo, de base sustancial mínima, el comportamiento ha de entenderse en un *sentido normativo-social* (y no puramente naturalístico, físico-mecánico) que, de una parte, haga posible que la acción sirva de objeto de referencia de los *juicios de valor* de antijuridicidad e imputación personal y, de otra parte, ofrezca la base para la comprensión de la conducta en la *omisión* y en la *imprudencia*, ambos conceptos esencialmente normativos.[44] Dicho de otra forma: la específica función de la acción consiste en ofrecer el *soporte mínimo* del edificio del delito.

---

trascendencia social-externa del comportamiento. Por otra parte, si este sentido social es suficiente para la presencia de un comportamiento susceptible de ser considerado por el Derecho penal, debe señalarse que la determinación del alcance de las concretas conductas típicas depende de criterios jurídico-penales: así, p. ej., ha de entenderse que el «matar» necesario para el homicidio no comprende los procesos causales de muertes no objetivamente imputables (cfr. infra Lec. 10). En algunos casos es el propio núcleo de la conducta típica lo que se define en términos jurídicos. Así, p. ej., el art. 252 CP castiga al que «enajenare, arrendare o gravare» una cosa, conceptos cuyo sentido depende completamente de normas jurídicas. Se trata aquí de «elementos normativos jurídicos» del tipo (cfr. infra Lec. 9 III).

42. Lo dicho valga como puntualización a la interpretación que de mi posición hace Huerta Tocildo, CPC 17 (1982), p. 235. De acuerdo, ampliamente, Silva, Omisión, pp. 121 ss., 134 ss., que ha precisado que la omisión consiste en un «juicio de imputación típica» (p. 141), en una «interpretación que se efectúa a partir de los tipos penales» (p, 134). Dicha interpretación recae sobre la conducta real del sujeto, «que constituye el "hecho" al que se imputa la no realización de la prestación positiva expresada en el tipo» (p. 142), pero la omisión no es lo que hace el sujeto: «la omisión surge como tal en el enunciado que expresa la relación de discordancia de la conducta efectiva con la pretensión que dimana del bien jurídico» (p. 136). Cita en esta línea a autores como Haffke, Rödig, Hruschka, Mosterín, Kollmenn, Schulin, Borchert, etc.

43. Destacó ya estas dos funciones Mezger, Tratado, I, p. 177.

44. Cfr. Silva, Omisión, pp. 130 s. También Jakobs, Handlungsbegriff, pp. 12 s., 27 ss. (pero ver las reservas formuladas supra, nota 17).

IV. El sujeto de la acción. El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

40 Según lo dicho, todo delito requiere el comportamiento de un hombre, por lo que el sujeto de la acción y, por tanto, del delito sólo podría serlo el hombre individual. Pero históricamente existió la *responsabilidad colectiva*[45] y en la actualidad la LO 5/2010 incorpora al CP la responsabilidad penal de las *personas jurídicas*.

1. *De la responsabilidad colectiva a la responsabilidad individual*

41 A) En el **Derecho penal primitivo**, que podríamos situar en la época en que la reacción penal constituía la llamada «venganza de la sangre», ésta recaía con frecuencia sobre cualquiera de los miembros de la familia (así, la *Sippe* germánica) a que pertenecía el autor de la ofensa.[46]

42 B) En el **Antiguo Régimen** los crímenes más graves se castigaban con penas que trascendían a los más próximos familiares, que eran desterrados, privados de sus bienes o de ciertos derechos. Ello se fundaba en el principio de prevención general: como dice Antón, «se esperaba que el amor a los hijos o a los padres sirviera de contrapeso a las tentaciones criminales cuando fallase el instinto de propia conservación».[47]

43 C) En los **fueros españoles** se encuentran testimonios de responsabilidad colectiva de las ciudades, en casos de penas pecuniarias a autor insolvente o desconocido. Así, afirma esa responsabilidad el Fuero de León, la limita el Libro de los Fueros de Castilla y la rechaza el Fuero de Navarra.[48]

44 El fundamento de la extensión de la responsabilidad penal a personas distintas al autor del delito, que ya se ha dicho que descansa en la prevención general, no es suficiente para justificar este tipo de responsabilidad, pues la prevención general ha de limitarse por el *principio de personalidad de la pena*, exigencia de un Estado democrático que respete la dignidad humana.

---

45. También se admitió la responsabilidad penal de animales y cosas cuando hubieran sido causa de ciertos delitos: así, en los pueblos primitivos, en la Biblia, en Grecia y en la Edad Media, y hasta en la Moderna, se recuerdan célebres procesos contra animales: cfr. la obra de Bernaldo de Quirós cit. en la bibliograf. del apartado siguiente, y Antón Oneca, PG, pp. 151 s.; Cuello, PG, p. 129; von Liszt, Tratado II, p. 298, nota 2; Maurach, Tratado, I, p. 178. Sobre el significado de esta realidad histórica, como prueba de que la exigencia de un comportamiento humano depende de la función del Derecho penal en cada imagen de Estado, cfr. Mir Puig, Función, p. 51. También: Jakobs, Handlungsbegriff, pp. 14 ss.

46. Cfr. Cuello, PG, pp. 59, 68 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 376.

47. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 152. Cfr. también Cuello Calón, PG, p. 60.

48. Cfr. Cuello, PG, pp. 122, nota 4; Antón Oneca, PG, p. 152.

2. *El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Bibliografía

Aboso/Abraldes, Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal, Montevideo, 2000; *los mismos*, Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal, Montevideo 2000; *Achenbach*, Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen, en Festschrift f. Stree und Wessels, 1993; *el mismo*, Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch, JuS, 1990, pp. 601 ss.; *el mismo*, Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, LH Roxin, 1995, pp. 381 ss.; *Ackermann*, Die Strafbarkeit juristischer Personen., 1984; *Aftalión*, Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en La Ley (Argentina), 37 (1945), pp. 286 ss.; *Alberring*, Strafbarkeit von Verbänden de lege lata?, 2010; *Alcácer*, Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del código penal, 2010; *el mismo*, Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial, La Ley, 2013; *Alonso de Escamilla*, Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades, 1996; *Arlen*, Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence, en Harel, A. (ed.), Research Handbook on the Economics of Criminal Law, 2012; Arroyo/Nieto, El derecho penal económico en la Era Compliance, 2013; *S. Bacigalupo Saggese*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1998; *la misma*, La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del Derecho Penal, CPC (67) 1999, pp. 11 ss.; *la misma*, Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP), Diario La Ley, Nº 7541, 5 Ene. 2011; *Bacigalupo Zapater*, Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro), en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal V, 1985, pp. 315 ss.; *el mismo,* Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance» (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009), Diario La Ley, Nº 7442, Sección Doctrina, 9 Jul. 2010; *Bajo*, De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, ADPCP 1981, pp. 372 ss.; *Bajo/Feijoo/Gómez-Jara* (eds.), Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, 2012; *Barbero Bajo*, Acusación y defensa de las personas jurídicas tras reforma penal, en Lex Nova (63) 2011; *Barbero Santos*, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en RDMerc. 1957, pp. 285 ss.; *el mismo*, ¿Responsabilidad penal de la empresa?, en Arroyo/Tiedemann, Estudios de Derecho penal económico, 1994, pp. 25 ss.; *Bernaldo de Quirós*, Los procesos contra las bestias, en el mismo, Alrededor del delito y de la pena, 1904; *Berruezo*, Responsabilidad penal en la estructura de la empresa, 2007; *Boldova Pasamar*, La introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, en EPC (33) 2013; *Bottke*, Empfielhlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?, WISTRA, 1991, 3, pp. 81 ss.; *el mismo*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994; *Brauth*, Handeln für einen anderen nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968; *Brickey*, Corporate Criminal Liability. A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, their Officers and Agents, Deerfield, 1992; *Bricola,* Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario, en RIDP, 1970 pp. 926 ss; *Bruns*, Über Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht, JZ 1954, pp. 12 ss.; *el mismo*, Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ 1968, pp. 461 ss.; *el mismo*, Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung, GA 1982, pp. 1 ss.; *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933; *Carbonell Mateu*, Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Carbonell Mateu/Morales Prats*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Álvarez García/González Cussac, (dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, 2010; *Carrasco*, Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, en RDPC nº 18 (2006), pp. 139 ss. *Coffee*, No Soul to Damn: no Body To Kick: An Unscandalized Inquiry Into The Problem of Corporate Punishment, Michigan Law Review, 1980-81, 79, p. 386; *Córdoba Roda*, Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español, en Fernández Albor (ed.), III Jornadas de Profesores de Derecho penal, 1976; *el mismo*, Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de sociedades mercantiles en Derecho español, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, X, 1987, pp. 121 ss.; *Couturier*, Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques, Revue des Sociétés, 1993, pp. 307-314; *Cuello Contreras*, El significado de acción (u omisión) de persona

física para la responsabilidad penal de la persona jurídica, en RECPC (15), 2013; *De la Cuesta*, Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal, LH Barbero Santos, (Vol I), 2001, pp. 967 ss.; *el mismo*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español, en Revista electrónica de la AIDP, 2011; *Dannecker*, Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, RP (7) 2001, pp. 40 ss.; *De Doelder*, La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda, en Hacia un Derecho Penal económico europeo (Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann), Madrid, 1995, pp. 497 ss.; *Díaz Gómez*, El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010, en RECPC, 2011; *Dierlamm*, Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht —ein Phantom?, NStZ, 1996, 4, pp. 153-157; *Díez Ripollés*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en InDret, 1/2012; *Dopico-Gómez Aller,* en *Ortiz de Urbina* (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010; *el mismo*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: una reflexión colectiva, 2012; *el mismo*, Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica, Arroyo/Nieto (dirs.), El Derecho penal económico en la Era Compliance, 2013; *Dunford/Ridley*, "No Soul to be Damned, no Body to be Kicked": Responsability, Blame and Corporate Punishment, International Journal of the Sociology of Law 1996, 24, pp. 1-19; *Engisch*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, en Verhandlungen des 40. DJT, II, 1953, p. E 7; *Estepa Domínguez*, La responsabilidad penal en la persona jurídica, Curso experto universitario en derecho societario, 2012; *Feijoo*, Empresa y delitos contra el medio ambiente (II), en La Ley, 24 mayo 2002, nº 5551; *Flora*, L'attualità del principio «societas delinquere non potest», Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, 1995, 22, pp. 11-20; *de Faria Costa*, La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, LH Roxin, 1995, pp. 425 ss.; *Fernández Teruelo*, Las denominadas actuaciones en lugar de otro a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el art. 31 del Código Penal, AP 1999-2, pp. 881 ss.; *Fuente*, Las consecuencias accesoria de clausura y suspensión de actividades, en RDPCr nº 11, 2003; *Frisch, Wolfgang*, Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung, en Festschrift f. J. Wolter, 2013, pp 349 ss.; *Galán Muñoz*, ¿Societas delinquere nec punire potest?, Algunas consideraciones sobre el art. 31, 2 CP, en RDPC nº 18 (2006), pp. 229 ss.; *García Arán*, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, LH Torío López, 1999, pp. 325 ss.; *García Cavero*, La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, RDPCr nº 9 (2002), pp. 103 ss.; *García Vitor*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el mismo, Planteos penales, Colección Jurídica y social, nº 14, Fac. Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral (Argentina), 1994, pp. 97 ss.; *Gil Nobajas,* El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, en RP (31) 2013; *Göhler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, en Beiheft zur ZStW 1978, pp. 100 ss.; *el mismo*, Zur bußgeldrechtlichen Verantwortung der juristischen Person bei aufgespaltener Zuständigkeit ihrer Organe, WISTRA, 1991, pp. 207 ss.; *Gómez-Jara*, La culpabilidad penal de la empresa, 2005; *el* mismo, La responsabilidad de las empresas en los E.E.U.U., 2006; *el mismo,* La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal, Diario La Ley, Nº 7534, 23 Dic. 2010; *el mismo*, Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Banacloche/Zarzalejos/Gómez Jara, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2011; *el mismo*, La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Gómez Martín*, Falsa alarma: o sobre por qué la Ley orgánica 5/2010 no deroga el principio "societas delinquere non potest", en Mir/Corcor (dirs.)/Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012; *Gómez Tomillo*, Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas, 2010; *González-Cuéllar*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor. Diario La Ley, 2011; *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro, I, 1985, II, 1986; *el mismo*, Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, 1986; *el mismo*, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, AP, 1993, pp. 583 ss.; *el mismo*, Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal, AP, 1993, pp. 213 ss.; *el mismo*, La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante en la empresa en el Derecho Penal español, en Hacia un Derecho Penal económico europeo (Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann), Madrid, 1995, pp. 81 ss.; *el mismo*, La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Mir/Luzón (ed.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, pp. 35 ss.; *Hartung*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen

Person gesetzlich vorzusehen?, en Verhandlungen des 40, DJT, II, 1953, p. E 43; *Heine*, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden, 1995; *Heinitz*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, en Verhandlungen..., cit., I, p. 67; *Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993 (= ADPCP 1993, pp.1099 ss.); *Huss*, Sanctions pénales et personnes morales, Rev. Dr. Pén. 1975-76, pp. 673 ss.; *Jean-Richard-Bressel*, Das Desorganisationsdelikt, 2013; *Jescheck*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW 65 (1953), pp. 210 ss.; *el mismo*, Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht, SchwZStr 70 (1955), pp. 243 ss.; *Jiménez de Asúa*, La cuestión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en las legislaciones positivas, en La Ley (Argentina), 48, pp. 1042 ss.; *Jordana de Pozas González/ Lesmes Serrano*, El Ministerio Fiscal ante los delitos contra la Hacienda Pública, en Jornadas sobre infracciones tributarias..., Centro de Estudios Judiciales, 1988, pp. 91 ss.; *Konu*, Die Garantenstellung des Compliance-Officers, 2014; *Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina* (eds.), Compliance y teoría del Derecho penal, 2013; *La Fave*, Criminal Law, 3ª ed. 2000; *Lacaba*, Responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles, La Ley 2001-1, pp. 1684 ss.; *Lange*, Zur Strafbarkeit der Personenverbände, JZ 1952, pp. 261 ss.; *Lascuraín*, Fundamento y límites del deber de garantía del empresario, en Hacia un Derecho Penal económico europeo (Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann), Madrid, 1995, pp. 209 ss.; *el mismo*, Compliance, debido control y unos refrescos, en El derecho penal económico en la Era del Compliance, 2013; *Lozano*, La responsablidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/91), Rvta. Administración Pública, 1992, pp. 211-239; *Mansdörfer*, Strafbarkeitsrisiken des Unternehmers, 2014; *Martínez Miltos*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Asunción, 1956; *Martínez Ruiz*, El principio *societas quasi potest*, en el marco del Código Penal de 1995, LH Portero García, 2001, pp. 591 ss.; *Marxen*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung..., JZ 1988, pp. 286 ss.; *Masaveu*, La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación, Rev. Estudios Penales, II, 1945, pp. 50 ss.; *Mestre*, Las personas morales y su responsabilidad penal, trad. Camargo y Marín, con estudio preliminar de Quintiliano Saldaña, 1930; *Mir Puig*, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las persones jurídicas", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, nº 01-06, p. 10 http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf; *el mismo*, Bases constitucionales del Derecho penal, 2011; *Militello*, La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, LH Roxin, 1995, pp. 409 ss.; *Mir Puig*, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en RECPC 06 (2004) (http://criminet.ugr.es/recpc); *Modolell*, Persona jurídica y responsabilidad penal, Caracas 2002; *Morales Prats*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", en Quintero (dir.) La reforma penal de 2010, 2010; *Mouloungui*, La nature de la responsabilité pénale des personnes morales en France, Rev. Dr. pén. et crim., 1995, 75, pp. 143-161; *Muñoz Conde*, La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles, RIntDP, 49 (1978), pp. 227 ss. (=CPC 1977); *Neila*, La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas, 2012; *Octavio de Toledo*, Las actuaciones en nombre de otro, ADPCP 1984, pp. 24 ss.; *el mismo*, Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del CP, en Libro-Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid, 2002, pp. 1131 ss.; *el mismo*, Las consecuencias accesorias de la pena de los art. 129 y similares del CP, en A.A.V.V., La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prf. Cerezo Mir, 2002; *Ortiz de Urbina*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial ("compliance programs"), en Goño Sein (dir.), Ética empresarial y códigos de conducta, 2011; *Otto*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, Berlin, 1993; *Pastor*, ¿Organizaciones culpables?, en InDret (www.indret.com), 2/2006; *Pearce*, Corporate Crime. Contemporany Debates, 1995; *Percy García*, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, 1999; *Pérez Cepeda*, La responsabilidad de los administradores de sociedades. Criterios de atribución, 1997; *Pérez Manzano*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, AP (1995), pp. 15 ss.; *Recomendaciones del XV Congreso Internacional de Derecho Penal en Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1994, 4, pp. 1167-1173; *Ragués*, Atribución de responsabilidades en el Derecho Penal de la empresa, en XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, 2002, pp. 243 ss.; *Ramos Vázquez*, Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito, 2008; *Ransieck*, Unternehmensstrafrecht, 1996; *Rimmelspacher*, Strafrechtliche Organ-, Vertreter- und Verwalterhaftung, JZ 1967, pp. 472 ss.; *Robles*, ¿Delitos de personas jurídicas?, en InDret (www.indret.com), 2/2006; *el mismo*, Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP, Diario La Ley, 2011; *el mismo*, El "hecho

propio" de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, en InDret 2/2009; *Rodríguez Mourullo*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática, en Otrosi, (6) 2011; *Rodríguez Ramos*, ¡Societas delinquere non potest!, La Ley, nº 4136, 3 oct. 96; *el mismo*, ¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención), en La Ley, 2011; *Romano*, Societas delinquere non potest, Rit.DP, 1995; *Romeo Casabona / Sola Reche / Boldova* (coord..), Derecho Penal, Parte General, 2013; *Del Rosal Blasco*, Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa, La Ley, 2011; *el mismo*, La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código Penal, en CPC (104) 2011; *Ruggiero. G.*, Capacità penale e responsabilità degli enti, 2004; *Ruiz Vadillo*, Algunas ideas sobre la culpabilidad en la PANCP, en Documentación Jurídica, 1983, 1, pp. 95 ss.; *Rusconi*, Normativismo, bien jurídico y empresa, 2005; *Rotberg*, Für Strafe gegen Verbände, DJT-Festschrift, II, 1960, pp. 193 ss.; *Saldaña*, La capacidad criminal de las personas sociales, 1927; *Sánchez Domingo*, Consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en CPC (104) 2011; *Schild*, Strafrechtslehre als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff, GA 1995, pp. 101 ss.; *Screvens*, Les sanctions applicables aux personnes morales dans les États des Communautés Européennes, Rev. Dr. pén. et crim., 1980, pp. 163 ss.; *Schmidt*, R., Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1967, pp. 698 ss., y JZ 1968, pp. 123 ss.; *Schroth*, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht, Giessen, 1993; *Schünemann*, Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, ADPCP 1988, pp. 529 ss.; *el mismo*, La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, en Hacia un Derecho Penal económico europeo (Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann), Madrid, 1995, pp. 565 ss.; *Schwander*, Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorien..., en Festgabe für M. Gutzwiller, 1959, pp. 603 ss.; *Seiler*, Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967; *Silva*, en Cobo (dtr.), Comentarios al CP, 1999, art. 31, pp. 369 ss.; *el mismo*, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, LH Roxin, 1995, pp. 357 ss.; *Silva Sánchez*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal, en A.A.V.V., Derecho penal económico, en la serie Manuales de Formación Continuada del C.J.P.J., nº 14; *el mismo*, El art. 31.2 CP, en InDret (www.indret.com) nº 343, abril 2006; *el mismo*, La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas, en InDret (www.indret.com), nº 342, enero 2007; *Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en R. Schmitt-Festschrift, 1992, p. 295 ss.; *Tiedemann*, Strafbarkeit und Bussgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen, en Old Ways and New Needs in Criminal Legislation Eser/Thormundsson (eds), Freiburg, 1989, pp. 157-183; *el mismo*, La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato, Rit.D.P., 1995, pp. 615-632; *Urruela Mora*, La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010, en EPC (32), 2012; *Van Weezel*, Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, (9) 2010; *De Vicente Remesal*, Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, en RP (34) 2014; *Volk*, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ, 1993, p. 429 ss.; *Tiedemann*, Strafbarkeit von juristischen Personen?, en Jur. Studiengesellschaft Karlsruhe (ed.),, Freiburger Begegnung, 1996, pp. 30 ss.; *V. Weber*, Über die Strafbarkeit juristischer Personen, GA 1954, pp. 237 ss.; *Wiesener*, Die strafrerchtliche Verantwortlichkeit von Vertretern und Organen, 1971; *Wells*, Corporation and Criminal Responsability, Oxford, 1994; *la misma*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen in England und Wales —Sich wandelnde Vorstellungen und Gesetzreform, ZStW, 1995, 107, pp. 130-142; *Zugaldía Espinar*, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, CPC, 53, 1994, pp. 613-627; *el mismo*, Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después), en Hacia un Derecho Penal económico europeo (Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann), Madrid, 1995, pp. 723 ss.; *el mismo*, Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «societas delinquere non potest», CPC nº 11 (1980), pp. 67 ss.; *el mismo*, Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, CPC, nº 53 (1994); *el mismo*, Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en Empresa y delito en el nuevo CP, CDJ, 1997, pp. 213 ss.; *el mismo*, Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas, PJ (46) 1997, pp. 327 ss.; *el mismo*,

Societas delinquere potest. (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la L.O. 5/2010, de 22 de junio), en Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, (76) 2010; *el mismo*, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas de los entes sin personalidad y de sus directivos: (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal), 2012; *Zúñiga*, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2000; *el mismo*, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., 2003.

45 En la actualidad no se plantea ya la posibilidad de *sustituir* o *añadir* a una responsabilidad individual la de otros individuos de un mismo grupo, sino la cuestión de si las **personas jurídicas** (sociedades, fundaciones y demás entes dotados de personalidad jurídica) pueden cometer delitos y/o responder penalmente por los delitos cometidos en su nombre y beneficio por sus representantes o empleados.

46 A) En **Roma** se rechazó esta posibilidad, en base al principio «*societas delinquere non potest*». En cambio, en la **Edad Media y Moderna** se admitió. Bartolo de Sasoferrato (s. XIV) trasladó al Derecho penal la teoría de la ficción, construyendo sobre esta base una fingida capacidad delictiva de las personas jurídicas. Dicha opinión se mantuvo hasta el siglo XVIII.[49]

47 B) a) **A fines del siglo XVIII** comienza a imponerse la posición contraria de negación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Esta opinión, que se hace dominante desde Feuerbach, pudo apoyarse en la influencia romanista de Savigny y en su **teoría de la ficción**, según la cual la persona jurídica es una pura ficción jurídica. Como tal no puede servir de soporte sustancial a una auténtica responsabilidad punitiva, que sólo ha de recaer en los únicos responsables *reales* del delito: los hombres que se hallan tras la persona jurídica.[50] Mas la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas encontró su fundamento decisivo en los principios político-criminales que caracterizaron el Derecho penal liberal, entre los cuales no podía sino contar el principio de personalidad de las penas.[51]

48 b) Pero en la **segunda mitad del s. XIX** apareció una nueva concepción de las personas jurídicas que ofrecía una base teórica para poder afirmar la responsabilidad penal de las personas de dicha naturaleza: la **teoría de la realidad**, iniciada por Gierke. Según ella, la persona jurídica es un auténtico *organismo* realmente existente, aunque de distinta naturaleza al humano. Se comparó la persona jurídica a los organismos biológicos, bajo el optimismo positivista: la persona jurídica tenía cerebro (gobierno), sistema nervioso (comunicaciones),

49. Cfr. von Liszt, Tratado, II, p. 259, nota 4; Jescheck, Tratado, I, p. 300; Rodríguez Devesa, PG, p. 376.

50. Cfr. von Liszt, ibídem; Antón, PG, p. 153; Rodríguez Devesa, PG., p. 376.

51. Relativiza, en este sentido, la importancia para el Derecho penal de las teorías civilistas del siglo XIX sobre la persona jurídica, Jescheck, Tratado, I, p. 300.

células (individuos), etc. Así se manifestaban expresamente Lilienfeld y Haeckel. Lógicamente tenía una *voluntad distinta* a la de sus miembros particulares, cuya voluntad pudo no coincidir con la de la persona jurídica. Por ello, sólo la persona jurídica debía responder criminalmente de sus actos, y lo que sería una ficción sería aplicar la sanción a sus miembros, distintos al verdadero sujeto del delito.[52]

49 c) La responsabilidad criminal de las personas jurídicas fue defendida también desde un **punto de vista más pragmático**: von Liszt y Prins en el extranjero, y Saldaña y Masaveu en España, partieron de exigencias de *Política criminal*, basadas en la *peligrosidad* (coherentemente con su concepción de la *pena final*): la persona jurídica es un *instrumento especialmente peligroso* de enmascaramiento de quienes se sirvan de ella para delinquir; hay que castigar, pues, de forma especial a la misma persona jurídica. El hecho de que el Derecho reconozca la capacidad *de obrar* de las personas jurídicas en el Derecho privado permite fundamentar desde el punto de vista constructivo dicha responsabilidad: Quien puede concluir contratos —diría von Liszt en frase famosa— puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios.[53]

50 C) En el **Derecho comparado** actual, Gran Bretaña y EE.UU., así como otros países de su ámbito de influencia cultural, aceptan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por razones pragmáticas de mayor eficacia.[54] En el continente europeo la tradición es la contraria, aunque en los últimos años se abre paso la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas;[55] en todo caso se prevén medidas de seguridad o sanciones no penales para el ámbito del ilícito administrativo. Ésta es la situación en Alemania: no se admite para el Derecho penal criminal, pero sí en el Derecho penal administrativo.[56] No obstante, el fundamento de la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas se halla discutido en ese país por la doctrina.

---

52. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 153.

53. Cfr. von Liszt, Tratado, II, p. 300, nota 4.

54. Históricamente el *common law* rechazaba la punibilidad de las personas jurídicas por entenderla incompatible con la doble exigencia, en dicha tradición, de *mens rea* (imputación subjetiva) y *actus reus* (hecho objetivo), al no tener las personas jurídicas ni mente ni cuerpo. Pero la *enterprise liability* se admitió cuando se empezaron a introducir delitos económicos sin culpa (*strict liability*): cfr. La Fave, Criminal Law, 3ª ed. 2000., p. 273. De todos modos, el abandono de la responsabilidad con culpa en el ámbito de las personas jurídicas recibe también en los E.E.U.U. las críticas de un sector de la doctrina (op. cit., p. 275 s.).

55. Países como Holanda (ley 23 junio 76), Portugal (CP 1983) o Francia (CP 1993) admiten la responsabilidad de personas jurídicas o grupos. Cfr. Zugaldía, CPC, 11 (1980), p. 71; Ruiz Vadillo, Documentación Jurídica, nº. 37/40 (1983), pp. 132 s.; Barbero, ¿Responsabilidad penal de la empresa? cit., pp. 29 ss.

56. Cfr. por ejemplo, Jescheck, Tratado, pp. 301 s. Sin embargo, también en Alemania va abriéndose paso una corriente favorable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que parte de la afirmación de la realidad social de las sociedades: así Hirsch, Personenverbänden, pp. 9 ss. Vid. también las obras de Achenbach, Heine, Otto, Schrot y Tiedemann citadas en la bibliografía de esta sección. Pero no

D) **Derecho penal español** **51**

1. En el orden de los **principios político-criminales**, la doctrina tradicional en España se había manifestado contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendida en el sentido estricto de sujeción a penas criminales.[57] Tal castigo vulneraría los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas que efectivamente los hubieren realizado.[58] Yo mismo me manifesté en este sentido.[59] **52**

Si la pena criminal determina un grave reproche al que la sufre, ha de presuponer la realización de un hecho que permita dicho reproche al sujeto. Ello es la base del **principio de culpabilidad**, en sentido amplio, y de las distintas exigencias que supone en la teoría del delito: una conducta voluntaria de una persona, imputable objetivamente, subjetivamente y personalmente a dicha persona, a título de autor o de partícipe. El **principio de personalidad de la pena** es también consecuencia del principio de culpabilidad: sólo puede imponerse una pena al culpable del hecho, porque sólo al culpable puede reprochársele el hecho y sólo él merece la reprobación de la pena (*cfr. supra*, Lección 4, IV 2). Pues bien, es evidente que una persona jurídica no puede actuar por sí misma, sino únicamente a través de sus representantes. Sólo éstos pueden realizar conductas voluntarias típicamente antijurídicas y personalmente imputables. Y la persona jurídica carece de voluntad que permita afirmar que "quiere" las actuaciones de sus representantes, por lo que no puede considerarse "culpable" de ellas, ni a título de autor ni a título de partícipe.[60] Una persona jurídica es una creación del Derecho incapaz de actuar por sí misma, carente de conciencia y de cualquier sentido de responsabilidad. ¿Cómo podría reprocharse a una pura creación jurídica un hecho que no puede haber decidido ni realizado ni evitado? **53**

faltan ahora relevantes voces en contra, como la de Wolfgang Frisch, Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung, en Festschrift f. J. Wolter, 2013, pp. 353, 355 s., 361, 368 ss.

57. Así Cuello Calón, Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés, Antón Oneca, Córdoba Roda, Bajo Fernández (cfr. referencias en Mir Puig, Adiciones, p. 307, nota 13) y Gracia Martín, Actuar en lugar de otro, I, pp. 7 ss. Existía, no obstante, una dirección distinta que partió del correccionalismo de Silvela y Dorado Montero, pasó por el pragmatismo de Saldaña y Masaveu, y llegó a la segunda parte del s. XX: cfr. Barbero Santos, Rev. Dº Merc., 1957, pp. 285 ss.; Muñoz Conde, Rev. int. dr. penal, 1978, pp. 227 ss.; Zugaldía, CPC 1980, pp. 84 ss.

58. Así los autores primeramente citados en la nota anterior, salvo Córdoba Roda, que funda la irresponsabilidad penal de la persona jurídica en su incapacidad de acción (Notas, I, pp. 184 s.). En este último sentido también Rodríguez Mourullo, PG, p. 228; Muñoz Conde, CPC 1977, p. 153; Muñoz-Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 252 s.; Gracia Martín, Actuar en lugar de otro, I, pp. 9 ss. Bajo Fernández argumenta tanto con los principios de personalidad y culpabilidad como en base a la incapacidad de acción: Derecho penal económico, 1978, pp. 110 ss.

59. Ver para lo que sigue Mir Puig, Tercera vía cit. en bibliografia.

60. En este sentido W. Frisch, op. cit., pp. 355 s.

54 Los partidarios de incluir a la *realidad de la empresa* en el ámbito de la responsabilidad penal dirigen su atención a la realidad social, a la realidad colectiva de la empresa, tanto o más que a la pura forma jurídica constituida por la persona jurídica. Pero ello supone una vuelta a la *responsabilidad colectiva* que rigió en momentos de desarrollo histórico que creíamos superadas.

55 Las reflexiones anteriores conducen al siguiente *dilema*: si la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas se fundamenta en el hecho de que tienen personalidad jurídica y actúan a través de sus representantes, ello supone reprochar gravemente a una persona, la persona jurídica, lo que ha hecho otra, la persona física que actúa en su nombre; y si se fundamenta en la realidad social de la empresa, supone una forma de responsabilidad colectiva que extiende el grave reproche penal a todos los integrantes de la empresa aunque sólo algunos sean los culpables del delito. En el primer caso se evitan los problemas que implica la responsabilidad colectiva, pero se cae en otra forma de responsabilidad no personal: una responsabilidad vicaria, por el hecho de otro (en el ámbito anglosajón se reconoce expresamente que se trata de una *vicarious liability*). Y si se quiere escapar a esta clase de responsabilidad, se cae en la responsabilidad colectiva, que tampoco es personal. Ni una ni otra especie de responsabilidad es admisible cuando se trata del grave reproche ético-social que caracteriza a la pena criminal.

56 Mientras que ello habla en contra de la imposición a la persona jurídica de verdaderas penas criminales, nada obsta a que se prevean para ella medidas preventivas o consecuencias jurídicas desprovistas del significado de censura ético-social de las penas clásicas –del mismo modo que se aceptan las sanciones administrativas para personas jurídicas o la responsabilidad civil por daño que prevé el derecho vigente, que desde luego carecen de aquel significado de reproche de la pena criminal.[61]

57 2. **Antes de la LO 5/2010** el Derecho vigente en España no preveía penas para personas jurídicas. Cuando un delito tenía lugar en el marco de una persona jurídica debían responder los individuos responsables de la decisión de las mismas (STS 1212/2003 de 9 oct.), siempre que aquéllos no sólo ocupasen cargos sociales, sino que hubiesen realizado la acción típica como representantes de la persona jurídica en el concreto ámbito de que se trate.[62]

---

61. Así en la doc. trad. Antón Oneca, PG, p. 154. Otras referencias en Mir Puig, Adiciones, p. 308, nota 15. Ver, sin embargo, las precisiones de Gracia Martín, Actuar en lugar de otro, I, p. 13, y Octavio de Toledo, ADPCP 1984, pp. 32 s. Las medidas de seguridad no pueden imponerse por la peligrosidad (=probabilidad de delinquir) de la persona jurídica, que no puede encerrar peligro de delinquir puesto que no tiene capacidad para cometer delitos, sino por la probabilidad de que sean utilizadas por personas físicas para la comisión (por éstas) de delitos. Ello se tuvo en cuenta acertadamente por el art. 96 de la Propuesta Alternativa de PG del CP del Grupo Parlamentario Comunista: CPC nº 18 (1982), p. 642.

62. Vid. Gracia Martín, Actuar en lugar de otro, II, pp. 23 ss., recogiendo como paradigmáticas las SSTS 12 jun. 74 y 2 dic. 72, entre otras. Sobre la situación anterior a la LO 5/2010 cfr. ampliamente las ediciones anteriores del presente libro.

58 3. **La LO 5/2010** previó, por primera vez en nuestra historia legislativa, **penas para personas jurídicas**. Con ello el CP abandona el principio *"societas puniri non potest"* (la sociedad no puede ser penada), pero *no* así el principio según el cual las personas jurídicas no pueden cometer delitos (*"societas delinquere non potest"*). La responsabilidad penal que establece el nuevo art. 31 bis CP no se basa en delitos cometidos por las personas jurídicas, sino en delitos *cometidos por personas físicas* por cuenta y en provecho de las personas jurídicas. Lo dice bien claramente el mencionado precepto: **"**En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos *cometidos* en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, *por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*..." (art. 31 bis, 1, párrafo primero), o por otros individuos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior (art. 31 bis, 1, párrafo segundo). La responsabilidad penal de las personas jurídicas no obliga, pues, a modificar la afirmación de que todo delito requiera una conducta humana. **El comportamiento humano sigue siendo el primer requisito de la definición de todo delito**. Ahora bien, esto supone que la responsabilidad penal que se prevé para personas jurídicas es una forma *de* **responsabilidad por el hecho de otro**, por un delito no cometido por ella, sino por una persona física.[63]

59 Para evitar que ello se oponga al **principio de culpabilidad**, en sentido amplio, y a la primera de sus exigencias, el **principio de personalidad** de la pena, no veo otro camino que el *de negar a las "penas" previstas para personas jurídicas el mismo significado de reproche personal inherente a las penas clásicas*.[64] El CP prevé también otras consecuencias jurídicas, como las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, que no implican el reproche propio de la pena clásica y por tanto no están sujetas al principio de culpabilidad, aunque se impongan como consecuencia de un hecho típicamente antijurídico por un órgano judicial penal y puedan considerarse por ello formas de "responsabilidad penal en sentido amplio". Es cierto que, a diferencia de las medidas de seguridad, las "penas" que

---

63. El Derecho español sigue así el modelo norteamericano de *responsabilidad vicaria*, que en dicho país se considera una forma de responsabilidad sin culpa. Así, la obra de referencia de La Fave, Criminal Law, 3ª ed. 2000., pp. 272 ss., incluye la responsabilidad de las empresas entre los casos de *"liability without fault"* (responsabilidad sin culpa), que en su exposición agrupa en tres apartados: *"strict liability"* (responsabilidad objetiva) (pp. 257 ss.), *"vicarious liability"* (responsabilidad vicaria) (pp. 265 ss.) y *"enterprise liability"* (responsabilidad de empresa) (pp. 272 ss), considerando ésta última básicamente una forma específica de *vicarious liability* (pág. 274).

64. Cfr. Mir Puig, Bases constitucionales 2011 cit., pp. 127 s. También en esta línea de negar que las "penas" para persones jurídicas tengan verdadera naturaleza de penas como las previstas para personas físicas: Luzón Peña, Lecciones de Derecho penal, Parte General, 2ª ed., 2012, 1/35, pp. 12 s.: "no son penas"; Robles Planas, Diario La Ley nº 7.705, pp. 8 ss., 14: "…no es más que un incentivo preventivo que no tiene nada que ver con las penas"; Gómez Martín, op. cit., p. 383.; Gracia Martín, en Gracia/Boldova/Alastuey, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., 2012, p. 216: "no son penas"; Boldova, op. cit., p. 343.

se han previsto para las personas jurídicas tienen carácter *punitivo*, pero también tienen este carácter las sanciones administrativas y las "penas" civiles (como las acordadas en un contrato) y, no obstante, no comparten el significado de reproche ético-social *fuerte* propio de la pena criminal clásica. De hecho, en el Derecho italiano actual las sanciones que los jueces penales pueden imponer a las personas jurídicas se consideran de naturaleza materialmente *administrativa* –así como también en nuestro país los jueces penales pueden imponer sanciones *administrativas* a quien perturba el orden en las vistas orales.

60 Habría sido preferible que el legislador español no emplease el término "pena" para las sanciones que ha introducido para la persona jurídica, sino algún otro como "medidas" o "sanciones" para personas jurídicas. Pero la observación de **los presupuestos y el contenido de las nuevas "penas"** para personas jurídicas son suficientes para poner de manifiesto que **su significado real es bien distinto al de las penas clásicas**. Todo en las nuevas "penas" es básicamente *preventivo y económico*. No sólo suponen responsabilidad *sin culpa de la persona jurídica* –responsabilidad objetiva por hecho ajeno–, sino que tampoco requieren culpabilidad en el administrador o empleado que realice el hecho típico: pueden imponerse *aunque la persona física que cometa el "delito" actúe sin "culpabilidad"* (art. 31 ter, 2 CP) –lo que aproxima estas "penas" a las medidas de seguridad–. Y las únicas atenuantes que se prevén son incentivos para el descubrimiento o la prevención (confesar a tiempo la infracción, colaborar en la investigación de forma decisiva, haber establecido antes del juicio oral un programa de prevención de delitos), o para la reparación económica del daño: art. 31 quater CP. En la misma línea, el art. 66 bis, 1º CP establece que debe tenerse en cuenta para graduar las "penas" para personas jurídicas un criterio puramente preventivo como su necesidad para prevenir la continuidad delictiva u otro estrictamente económico como las consecuencias económicas y sociales. En cualquier caso se trata de **presupuestos distintos a los de las demás penas**. Y, finalmente, las "penas" que se prevén son o bien una de naturaleza puramente económica, como la multa, u otras específicas y diferentes a las de las penas clásicas –de hecho en su mayoría *coinciden* con las "consecuencias accesorias" que el art. 129 CP prevé para entidades sin personalidad jurídica.

Lección 8.
AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO HUMANO

Bibliografía

Alcácer, *Actio libera in causa* dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad, 2004; *Alonso Álamo*, La acción «libera in causa», ADPCP 1989, pp. 55 ss.; *Baudry*, La force majeure en droit pénal, 1938; *Blei*, Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, NJW 1954, pp. 586 ss.; *Camino*, Los problemas médicos legales del hipnotismo, en Rev. esp. de Psiquiatría y Crim., I (1919), pp. 22 ss.; *Cramer*, Verschuldete Zurechnungsunfähigkeit, JZ 1971, pp.766 ss.; *Cruz Blanca*, La actio libera in causa en el derecho penal español y su aplicación jurisprudencial, en CPC (112) 2014; *Díaz Palos*, Fuerza irresistible, NEJ, t. X, 1960; *Franzheim*, Sind falsche Reflexe der Kraftfahrer strafbar?, NJW 1965, pp. 2000 ss.; *García Vitoria*, Algunas propuestas sobre las causas de ausencia de acción típica, en Libro-Homenaje a Beristain, 1989, pp. 531 ss.; *Geilen*, Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff, en Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 445 ss.; *Hammerschlag*, Hypnose und Verbrechen, 1954; *Hirsch*, Acerca de la *actio libera in causa*, RP (7) 2001, pp. 67 ss.; *Horn*, Actio libera in causa..., GA 1969, pp. 289 ss.; *Hruschka*, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, pp. 554 ss.; *Jakobs*, La denominada actio libera in causa, RPJ (50) 1998, pp. 241 ss.; *Jiménez Díaz*, Los trastornos del sueño como causa de ausencia de acción penal, La Ley 1999; *Joshi*, La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal, 1992; *Katzenstein*, Die Straflosigkeit der actio libera in causa, 1901; *Knodel*, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962; *Koch*, Die actio libera in causa... (tesis), Freiburg, 1956; *Krause*, Betrachtungen zur actio libera in causa..., en Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 305 ss.; *López Sáiz/Codón*, Psiquiatría jurídica penal y civil, II, 3ª ed., 1969; *Maurach*, Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, pp.373 ss.; *Morillas*, La eximente penal de fuerza irresistible, 1987; *Müller-Dietz*, Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs, GA 1974, pp. 33 ss.; *Neumann*, Zurechnung und «Vorverschulden», 1985; *el mismo*, Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 581 ss.; *Paeffgen*, Actio libera in causa und § 323 a StGB, ZStW 97 (1985), pp. 513 ss.; *Pecoraro-Albani*, Il concetto di violenza nel diritto penale, 1962; *Pérez Ferrer*, Sobre las causas de exclusión de la acción en el Derecho penal español. Análisis de la fuerza irresistible. Los estados de inconsciencia y los actos reflejos, CPC (104) 2011; *Rodríguez Montañés*, Síndrome de abstinencia y actio libera in causa, en Poder Judicial nº 13 (1989), pp. 129 ss.; *Romelino*, El hipnotismo y el crimen, REP 99 (1953), pp. 55 ss.; *Roxin*, Observaciones sobre la «actio libera in causa», ADPCP 1988, pp. 21 ss.; *Sánchez-Ostiz*, Teoría del delito, imputación extraordianra e incumbencias, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *el mismo*, ¿Incumbencias en Derecho penal? –Depende, en InDret, 1/2015; *Schewe*, Reflexbewegungen, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtwissenschaft nach der Strafrechtsreform..., en GA 1985, pp. 341 ss.; *Schwinghammer*, Die Rechtsfigur der actio libera in causa (tesis), München, 1966; *Spiegel*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 1968, pp. 283 ss.

(Ver además la bibliografía de la Lección anterior).

I. Introducción

1 1. La pregunta acerca de si concurre o no un comportamiento humano debe hacerse **en relación con un determinado tipo penal**. Sólo si importa decidir la concurrencia o ausencia de un determinado tipo penal tiene sentido preguntar si ha habido alguna conducta humana que lo haya podido realizar. Por ejemplo: sólo si existen motivos para creer que pueda haberse producido el tipo de homicidio es preciso indagar si la muerte fue debida a algún comportamiento humano. Comprobamos la presencia o ausencia de un comportamiento cuando, en caso de existir, podría realizar un tipo penal. *El hecho del que debe preguntarse si constituye un comportamiento humano ha de ser un hecho que pueda resultar típico*[1] —aunque ello no exima, en su caso, de confirmar ulteriormente la concreta tipicidad.

2 2. La cuestión de la ausencia de comportamiento humano sólo podrá resultar problemática cuando se plantee **con relación a un hecho producido por un hombre**. Si un rayo ocasiona la muerte de una persona o un animal causa lesiones en otra, es evidente sin necesidad de ulteriores consideraciones que el mal causado no se debe a una acción humana que pueda resultar típica. Pero también habrá que descartar de antemano las actuaciones de personas jurídicas. El problema se suscita cuando el causante del hecho es una persona, pues no todos los hechos *del hombre* constituyen «comportamientos *humanos*» —o «acciones»— en el sentido en que utilizamos este concepto en Derecho penal. Como hemos visto, la exigencia de comportamiento humano tiene el sentido de requerir **una conducta *externa y final* del hombre**. Los hechos del hombre que no tengan este carácter no serán «comportamientos humanos» en sentido jurídico-penal. En particular, lo que puede plantear mayores dificultades de diferenciación es la nota de *finalidad*. De ahí que las **«causas de ausencia de acción»** que estudia la doctrina se refieran fundamentalmente a supuestos de hechos del hombre no guiados por una voluntad (no finales): **la fuerza irresistible, la inconsciencia y los actos reflejos**. Los movimientos corporales producidos en una de estas tres situaciones no aparecen como obra de la voluntad humana.

3 La restricción del concepto de «comportamiento humano» a los hechos voluntarios y la idea de que, por lo tanto, no todos los hechos del hombre son comportamientos humanos responden a la distinción tradicional de cuño tomista entre «*actiones hominis*» y «*actiones humanae*». Un hecho realizado por el hombre en estado de inconsciencia procede ciertamente «del hombre», pero no tiene el carácter de las conductas específicamente «humanas», es decir, de aquéllas que el ser humano realiza como ente racional: sólo los comportamientos finales, dirigidos a una meta, tienen esta naturaleza específicamente «humana».[2] Lo mismo quiere indicarse, y tal vez de forma más precisa, cuando

1. En este sentido Silva, Omisión, p. 130
2. No obstante, considera acción toda forma de existencia humana, Michaelowa, op. cit., p. 82.

actualmente se dice que sólo la conducta voluntaria es «personal», en el sentido de expresión del yo personal.[3]

3. Que esté ausente un comportamiento humano en el momento decisivo para la lesión del bien jurídico de que se trate no significa necesariamente que dicha lesión no pueda imputarse jurídico-penalmente a un **comportamiento humano anterior**. Es lo que sucede cuando la producción de la lesión sin acción tiene lugar por virtud de una conducta precedente que el sujeto realizó *queriendo* provocar aquella lesión sin acción o *debiendo preverla y evitarla*. **4**

Ejemplos: El conductor del camión se duerme durante la marcha y hallándose en estado de inconsciencia el vehículo arrolla a un ciclista. Sin embargo, se comprueba que el conductor advirtió con antelación señales de sueño que hacía previsible que cayera en él, por lo que el accidente es achacable a haber proseguido la conducción cuando debió detenerse el camión en un momento en que éste era aún controlado por una conducta voluntaria. El guardagujas se duerme a conciencia de que no podrá accionar el cambio de vías y se producirá un accidente. **5**

La **doctrina de la *actio libera in causa*** conduce en estos casos a imputar la lesión a la conducta humana precedente. Aplicando esta construcción en estos supuestos nos hallamos, en efecto, frente a un hecho que, si bien no obedece de forma inmediata a un comportamiento humano, es «libre» en su causa o, más precisamente, ha sido causado por una conducta humana anterior a la cual puede atribuirse jurídico-penalmente.[4] **6**

En realidad, toda situación de ausencia de acción viene precedida siempre de una conducta humana precedente por parte del sujeto. Ausencia de acción significa, pues, en puridad, solamente que en el momento de la lesión no concurre acción. Ello tiene la consecuencia de que cuando falta la acción debe buscarse la conducta humana en un momento anterior.[5] Ahora bien, una vez localizado el comportamiento precedente habrá que preguntar si realiza algún tipo penal, cosa que sólo podrá ocurrir cuando la conducta sea dolosa o imprudente respecto a la lesión. **7**

---

3. Así, combinando el enfoque del «concepto personal de acción» de Arth. Kaufmann, Roxin y, a su juicio, también de Gimbernat con la exigencia de voluntariedad, Luzón, Curso, p. 272.

4. La doctrina de la *actio libera in causa* se fundamenta y estructura por distintas vías, según que el momento decisivo para la imputación se vea en la provocación anterior (*Tatbestandsmodell* o modelo del injusto típico), en la lesión posterior (*Ausnahmemodell* o modelo de la excepción) o en ambas (como acertadamente sugiere la teoría de la provocación relevante de Joshi, Doctrina cit., pp. 281 ss., 377 ss., 407 s.). Sobre el tema cfr., además, las obras de Alcácer, Alonso Álamo, Cramer, Horn, Hruschka, Katzenstein, Koch, Krause, Maurach, Neumann, Paeffgen, Rodríguez Montañés, Roxin y Schwinghammer —aunque se refieren predominantemente al problema en la imputabilidad.

5. Que siempre haya una conducta anterior no significa, pues, que sea inútil negar el carácter de comportamiento humano al último acto voluntario, sino que ello tiene una consecuencia importante: el comportamiento a enjuiciar no puede ser éste, sino otro anterior. Por otra parte, la «evitabilidad» anterior de un acto involuntario no basta para afirmar que *éste último* constituye una conducta humana, como parece deducir Jakobs, Lb., p. 121.

8 Debe señalarse, por otra parte, que la doctrina de la *actio libera in causa* se aplica también a los casos en que el sujeto realiza el hecho típico en situación de **inimputabilidad** —no faltando la acción, sino sólo la imputación personal—. Precisamente el supuesto más frecuente de aplicación de la doctrina es el de la ejecución del hecho en estado de embriaguez provocada con ánimo de delinquir (dolo) o debiendo prever que daría lugar a la lesión (imprudencia). De ahí que a menudo se estudie la doctrina de la *actio libera in causa* sólo con referencia a la «culpabilidad» (imputación personal). Mas este proceder es incorrecto, puesto que dicha construcción es necesaria también para los casos aquí contemplados de ausencia de acción.[6]

II. Conceptos dogmáticos de acción y supuestos de su ausencia

9 **Causalismo y finalismo** suelen considerarse los dos planteamientos antitéticos de la acción. La obra de Welzel se caracteriza —como se vio— por pretender oponerse al concepto causal de acción: la acción humana no es sólo, según él, modificación del mundo exterior dependiente de una voluntad, con independencia del contenido de ésta, sino «ejercicio de actividad final», esto es, actuación según el contenido —la meta, la finalidad— de la voluntad. De ahí intenta aquel autor derivar la revolución de la sistemática de los elementos del delito —el dolo ha de pasar al tipo porque la acción es final—. Pero, ante todo y sobre todo, parece que el nuevo concepto final de acción debería encerrar consecuencias en el ámbito de la «ausencia de acción». Si «acción» no es sólo una conducta dependiente de una voluntad humana de contenido irrelevante, sino que es el desarrollo de esta voluntad, de modo que su contenido —el dolo—, es ya esencial a la acción, parece que la primera consecuencia de la falta de finalidad dirigida al resultado producido —el dolo—, debería ser la ausencia de acción. Pero no es así. El finalismo admite la acción tanto en los delitos dolosos como en los culposos (imprudentes), pese a que en éstos el resultado causado no constituye realización de la finalidad perseguida por el autor. Ambas clases de delitos no se distinguen, para el finalismo, *en la acción*, sino *en el tipo*. La consecuencia es que causalismo y finalismo coinciden, pese a todo, en requerir para la existencia de una acción una voluntad, cualquiera que sea su contenido.

10 Ello hace explicable que Rodríguez Muñoz, primero, y Gimbernat, más recientemente, acusen al finalismo de defender el mismo concepto de acción que el causalismo, pero acaso no justifica que califiquen a ese concepto de «natural» o «causal», respectivamente:[7] del mismo modo, y tal vez con más razón, podría decirse que, pese a haber sido defendido primero por el causalismo, se trata de un concepto «final» de acción, en la medida en que reconoce como elemento diferencial del mismo la concurrencia de una finalidad, dirigida o no al resultado.

11 El estudio de la *faz negativa* de la acción confirma la básica coincidencia de causalistas y finalistas: ambos admiten las *mismas* causas de ausencia de acción relativas a la voluntariedad: 1º) Fuerza irresistible; 2º) Inconsciencia; 3º) Actos reflejos.

---

6. Sobre las diversas modalidades y ámbitos de aplicación de la estructura de la *actio libera in causa* cfr. Silva, Omisión, pp. 260 ss.

7. Cfr. Rodríguez Muñoz, Doctrina de la acción finalista, p. 132; Gimbernat, Estudios, p. 140.

III. Ausencia de acción por falta de manifestación externa

12 1. Junto a las causas de ausencia de acción acabadas de mencionar, que suponen falta de voluntariedad, hay que mencionar la falta de manifestación externa de dicha voluntariedad. Ello es consecuencia del concepto de conducta humana basado en las dos notas de finalidad y trascendencia en el mundo exterior. La consecuencia es que la resolución de delinquir no es punible si no llega a determinar un comportamiento externo. No bastaría que el designio criminal trascendiese en el sentido de que fuera conocido por otras personas. Es preciso que el sujeto llegue a realizar la conducta externa que hubiera deseado llevar a cabo.

13 2. Según la doctrina, también faltaría todo comportamiento humano **en la omisión** cuando el sujeto no tuviera *capacidad de acción* para realizar la acción debida.[8] Ello afectaría, según Maurach,[9] al aspecto externo del comportamiento que estamos contemplando ahora, en cuanto que sin capacidad de acción no puede llevarse a cabo la acción externa que no se realiza y no podría hablarse de voluntad de omitir *manifestada*. Pero existe el peligro de tener que repetir la exigencia de la «capacidad de acción» en el nivel del comportamiento y en el tipo de omisión.[10] Para evitarlo, Jescheck propone distinguir entre una «capacidad *general* de acción» necesaria para el comportamiento omisivo, y una «capacidad *individual* de acción», exigible para el tipo de omisión. Para la primera no se tomarían en consideración las facultades personales del sujeto, sino si *alguien*, con todos los conocimientos y capacidades del hombre medio podría realizar la conducta debida. Faltando tal capacidad no concurriría comportamiento omisivo alguno, puesto que la no actuación carecería de relevancia social. En cambio, la capacidad individual de acción dependería de las concretas facultades del sujeto y únicamente sería necesaria para el tipo de injusto de la omisión.

14 Jescheck propone los siguientes *ejemplos:* No puede decirse que el espectador berlinés de televisión omita salvar a quien se está ahogando durante un campeonato de esquí acuático que se celebra en Constanza y que aquél ve que se está retransmitiendo por televisión. En cambio sí omite la salvación el bañista que está en la orilla, aunque sus fuerzas no le permitan conseguirla.[11]

15 Ni la repetición del examen de la «capacidad de acción» en el plano del comportamiento omisivo y en el tipo, ni la distinción artificiosa e innecesaria de una doble valoración de la «capacidad de acción» (general e individual), son sistemáticamente satisfactorias —así adviértase que la «capacidad individual de acción» implica ya necesariamente la «capacidad general de acción», por lo que esta categoría supone una complicación innecesaria—.

---

8. Cfr. por todos Gimbernat, ADPCP 1987, pp. 588 ss., fundamentando esta exigencia en la necesidad, que afirma como nota de todo comportamiento, de que el mismo no esté físicamente condicionado, lo que puede suceder por fuerza irresistible pero también por cualquier otra razón que imposibilite actuar en un determinado sentido.

9. Cfr. Maurach, Tratado, II, p. 270.

10. Así, por ejemplo, Welzel, Lb. 200 y 205 (=trad. pp. 277, 283).

11. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 298 ss., 849 s.

16 Por otra parte, es cierto que cuando falte la posibilidad de realizar la acción debida no existe *omisión*. Pero ya se vio en la Lección anterior que en Derecho penal la omisión no importa como una clase de comportamiento previo al Derecho, sino sólo como una modalidad de *tipo penal*. El comportamiento que requieren los tipos omisivos ha de reunir las mismas notas básicas que el necesario para todo delito. Que falte el tipo de omisión no significa que deje de constituir un comportamiento humano lo que el sujeto hace en lugar de la acción indicada en el tipo. Si el sujeto lo efectúa voluntariamente, habrá comportamiento aunque ello no constituya un tipo de omisión *por no existir deber* de actuar de otro modo. Así sucede en los casos de falta de capacidad de realizar la conducta descrita en el tipo —mal llamada «capacidad de acción», pues no está en juego la posibilidad de toda acción, sino sólo de la descrita en el tipo—, cuando no llega a faltar el carácter voluntario en lo que el sujeto hace en lugar de la conducta indicada en el tipo (esto es, cuando esto no tiene lugar por fuerza irresistible, actos reflejos o inconsciencia). Así, quien ve la televisión en Berlín, en el ejemplo propuesto, «actúa» —ve televisión[12]—, por mucho que no «omita», esto es, no realice el tipo de omisión (vid. infra, Lección 12, II).

IV. Análisis particularizado de las causas de exclusión de la acción en Derecho español

1. *Fuerza irresistible*

17 Quien obra *materialmente* violentado por una fuerza *física* irresistible *(vis física absoluta)* no decide su actuación por medio de su voluntad. Si es forzado por una persona, no es más que un instrumento de la voluntad de ésta. Ejemplo: El que es arrojado a una piscina y cae sobre un bañista al que hiere. La fuerza física irresistible excluye, pues, la acción, porque supone **ausencia de voluntad** en el forzado. Esta clase de fuerza debe distinguirse de la violencia moral *(vis moral)* que no incide sobre el cuerpo de otro, sino sobre su mente, a la que se intimida mediante una amenaza. Aunque la intimidación sea insuperable, no excluye una decisión de la voluntad *(coactus, tamen voluit)* ni, por tanto, un comportamiento voluntario, pero sí impide la imputación personal de dicha conducta. El art. 20, 6º CP sólo se refiere a esta otra modalidad de violencia moral cuando considera eximente al *miedo insuperable*.[13]

---

12. En este sentido Silva, Omisión, p. 138. En contra expresamente Gimbernat, ADPCP 1987, p. 598, nota 68, objetando que de la misma forma que (en los delitos de acción) la falta de acción por fuerza irresistible no desaparece por el hecho de que el forzado realice otras conductas irrelevantes para el tipo (como pedir socorro), el no intervenir para socorrer en el caso del espectador de televisión no tiene por qué convertirse en un comportamiento (pasivo) por el hecho de que el sujeto realice otra acción irrelevante para el tipo como ver la televisión. Pero, según el planteamiento del texto, el no intervenir, algo puramente negativo, no existe como comportamiento, por lo que no es respecto de ello de lo que debe comprobarse el carácter de conducta humana, sino respecto de lo que el sujeto hace en lugar de intervenir. Esto último carece del carácter de comportamiento si es producto de una fuerza irresistible (vid, infra IV, 1 D), pero no si se debe a la voluntad del sujeto —como en el ejemplo del televidente.

13. Cfr. en distinto sentido Quintero/Morales/Prats, PG, p. 366; Morillas, Fuerza irresistible, p. 149. También, pero creyendo que entonces falta la acción, García Vitoria, Libro-Homenaje a Beristain, pp. 535, 542.

18 En el actual CP ha desaparecido la expresa mención que en los Códigos anteriores se hacía de la «fuerza irresistible» (art. 8, 9º del anterior CP). Sin embargo, esta clase de fuerza sigue impidiendo la presencia de delito por excluir la acción que requiere la definición general de delito del art. 10 CP.[14]

A) *La cantidad de la fuerza*

19 a) Como se ha dicho, para que excluya el comportamiento necesario en todo delito, la fuerza debe ***suprimir*** **por completo la voluntariedad**. Así, el Tribunal Supremo habla de que anule la voluntad y obligue a delinquir: Sentencias de 10 febr. 45, 22 mayo 29, 31 mayo 10 y 15 dic. 70.[15] En esta línea véanse también SSTS de 4 oct. 1990 y 1110/1996 de 20 dic., y la SAP Gipuzkoa de 16 oct. 1997.

20 Pero una dirección de la Jurisprudencia se contenta con la simple supresión de la *libertad* en la determinación de sus actos: SS. 2 oct. 58, 10 febr. 28, 30 nov. 15, 17 marzo 1903, 8 marzo 68 y 15 dic. 70.[16] Ello resulta insuficiente para la presencia de verdadera fuerza irresistible, que no supone sólo *vicio* de la voluntad, sino *falta* de la misma.

21 Según Córdoba, no es preciso, en cambio, que el forzado intente efectivamente contrarrestar la fuerza.[17]

22 Si la fuerza llega a mover materialmente al sujeto y éste, ante su evidente imposibilidad de hacer nada por evitarlo, no llega a intentarlo, deberá negarse que el resultado lesivo haya sido causado por una acción del forzado. Tampoco podrá apreciarse ningún tipo de omisión porque el sujeto no podría impedir el hecho. Si, en cambio, ante la amenaza inminente de la fuerza, que se presenta como irresistible, el sujeto cede ya a la realización del hecho antes de que se vea forzado a ello, no podrá negarse que el resultado lesivo se debe a una acción humana del sujeto. Si éste no actúa por miedo insuperable (art. 20, 6º CP) y, por tanto, tampoco resulta excluida la imputación personal del comportamiento, no existe ninguna razón dogmática suficiente para la exención de responsabilidad penal. Sucede aquí algo parecido a lo que ocurre en el caso, que enseguida examinaremos, de la fuerza resistible. Me remito a lo que se dirá al respecto.

23 b) ¿Cuál es el tratamiento jurídico-penal de la **fuerza resistible**?

24 Respecto a la eximente de fuerza irresistible que preveía el anterior CP discutía la doctrina si cabía su apreciación *incompleta* en caso de que la fuerza fuera *resistible*.[18] Téngase en

---

14. De hecho, la regulación de la fuerza irresistible en el anterior art. 8, 9º era superflua, porque también la definición de delito del art.1 del anterior CP exigía una acción. Por lo demás, continua siendo de utilidad en lo esencial la doctrina y la jurisprudencia vertidas sobre el anterior art. 8, 9º CP (así SAP Madrid 20 sep. 1999) —salvo lo que se dirá respecto a la fuerza *resistible.*

15. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 331. De acuerdo con el texto Luzón, Curso, p. 278.

16. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 331. También la SAP Barcelona de 11 nov. 1994.

17. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 331.

18. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 332, con cita de las SSTS 10 en. 1899 y 11 oct. 58. También así Sáinz Cantero, Lecciones, pp. 267 ss.

cuenta que —como sigue previendo el actual CP— si concurre sólo parte de los requisitos de una eximente prevista por el CP, no se aplicará por supuesto la exención, pero sí una atenuación especial (actual art. 20, 1ª CP). Se da entonces lo que se llama una **eximente incompleta**. Yo negaba la posibilidad de estimar una eximente incompleta de fuerza irresistible, por entender que la voluntariedad de la conducta humana se da o no se da, pero no puede apreciarse a estos efectos de forma incompleta. La supresión de la eximente expresa de fuerza irresistible impide actualmente sostener la posibilidad de su aplicación incompleta con arreglo al art. 21, 1ª. Pero ya en las ediciones anteriores señalaba el único planteamiento ahora defendible: acudir al juego que permite el art. 20, 6º CP, relativo al **miedo insuperable**, y a *su* eximente incompleta. Según esto, si la fuerza resistible determina en el sujeto pasivo miedo insuperable, procederá la completa *exención*, por ausencia de responsabilidad penal. Si concurre solamente miedo no insuperable, la fuerza dará lugar a lo sumo —si el miedo es considerable—, a la *eximente incompleta* del art. 21, 1º, *en relación con el art. 20, 6º CP*, por disminución importante de la responsabilidad penal, o a alguna *atenuante genérica* del art. 21 (arrebato u obcecación, o analógica), caso de que la aminoración de la responsabilidad penal causada por el miedo sea inferior. Por último, si la fuerza resistible no determina miedo relevante alguno en quien la sufre, no estará justificada ni siquiera atenuación alguna, pues además de acción concurrirá de forma suficiente la responsabilidad penal.[19]

25 **En resumen**: puesto que la fuerza resistible no excluye la acción y ésta no es susceptible de graduación, sólo será relevante en cuanto se traduzca en influencia moral y provoque **miedo** en el forzado, el cual, *si es insuperable, eximirá* (art. 20, 6º), y *si no lo es,* podrá motivar la *eximente incompleta de miedo* (21, 1º en relación con art. 20, 6º.) o, de no bastar para ello, *alguna otra atenuante* del art. 21.

B) *La cualidad de la fuerza*

26 Este segundo aspecto se refiere a las **clases** de conductas susceptibles de constituir fuerza, no a la cantidad que ésta debe encerrar.

27 Suele considerarse a la fuerza irresistible **fuerza física**, que se contrapone a la fuerza *moral* (miedo insuperable) del art. 20, 6º CP. Así acostumbra a manifestarse el Tribunal Supremo. Pero la doctrina alemana incluye supuestos de medios que no actúan físicamente, como **los narcóticos o el hipnotismo**.[20] No puede decirse que exista en estos casos fuerza moral —en el sentido de *vis compulsiva*—, porque no se apunta en ellos a la *motivación*, no se vicia la voluntad, sino que se *sustituye* y se pasa por encima de ella. No podrían, por tanto, considerarse incluidos en los supuestos del miedo insuperable del art. 20, 6º. Puesto que resultaría inadmisible dejar de eximir entonces al sujeto violentado, la única

19. De acuerdo en lo fundamental Luzón, Curso, p. 279

20. Ver las obras de Blei, Geilen, Knodel, Müller-Dietz, cit. en la bibliogr. de esta Lección. En el mismo sentido en España con relación a la eximente de fuerza irresistible: Rodríguez Devesa, PG, pp. 480 s. En contra de admitir la falta de acción por narcosis e hipnotismo: Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 67, que en tales casos admite sólo la exclusión de la imputabilidad (cfr. infra, Lec. 22).

solución es entender que originan fuerza irresistible excluyente del comportamiento humano. No obstante, alguno de estos casos (así, el hipnotismo), puede incluirse también en otro apartado de la ausencia de acción: la inconsciencia, que se estudiará más abajo. Cabría, por ello, distinguir entre el hipnotismo *provocado* por otro para hacer delinquir —que constituiría fuerza irresistible e inconsciencia— e hipnotismo que origina un delito espontáneamente —que dará lugar solamente a inconsciencia.[21]

28 Por otra parte, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que la fuerza irresistible sea **personal.** Así ya desde la jurisprudencia más clásica se ha requerido que la fuerza proceda de un tercero.[22] La S. 9 mayo 58 es interesante: el conductor de un tranvía que transita por una calle de pronunciada pendiente, al producirse un corte de energía eléctrica, es empujado contra unos peatones, que mueren.[23]

29 En este caso el resultado lesivo se produce en un momento en que el conductor no realiza ninguna acción a la que pueda imputarse objetivamente.[24] Si en el tranvía sólo hubiese existido el freno eléctrico, tampoco habría podido afirmarse una omisión, puesto que la fuerza de la inercia hubiera hecho imposible al conductor impedir el resultado. Ahora bien, en el caso examinado el tranvía contaba también con un freno mecánico que el conductor pudo accionar, motivo por el cual el TS pudo considerar concurrente un delito (de omisión) imprudente. No existe una acción del conductor que cause el resultado, pero sí otras conductas del mismo que realizan un tipo de omisión.

30 Emparejado con lo anterior se halla el caso de **fuerza indirecta**, generalmente no aplicada a personas, sino a cosas. Ejemplo: Alguien avería los frenos del coche de otro, que atropella a un peatón por esta causa. También ha de reputarse modalidad idónea de fuerza.[25]

---

21. La distinción no se basa en que el hipnotismo se deba a una causa personal o no, pues enseguida veremos que no hay razón para exigir el origen personal de la fuerza irresistible, sino en que sólo si el hecho ha sido provocado por el hipnotizador puede afirmarse que ha sido producto de una fuerza exterior al sujeto.

22. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 328 s.

23. Según la STS 885/1994 de 3 de mayo, la fuerza que recae sobre el sujeto debe provenir de una fuente diversa al propio movimiento corporal del agente. Sigue esta dirección la SAP Guipúzcoa, 2ª, 16 oct. 1997.

24. Esta falta de acción en el momento de la lesión no desaparece por el hecho de que en momentos anteriores sí pueda hallar acciones del conductor sin las cuales no se habría producido el resultado final. Por supuesto que tampoco cabrá castigar en base a estas acciones anteriores si no podían considerarse al menos *imprudentes,* según los principios de la *actio libera in causa*. Pero esto no autoriza a decir que en casos como éste no existe falta de acción, sino falta de imprudencia (como hace Luzón, Curso, pp. 277 s.): lo correcto es negar *tanto* la presencia de acción en el momento de la lesión como la existencia de imprudencia anterior. De otro modo, nunca podría afirmarse la ausencia de acción, sino sólo, a lo sumo, la falta de imprudencia anterior, puesto que siempre existe alguna acción del sujeto anterior a las situaciones de falta de acción, sin las cuales ésta no se habría producido (Cfr. *supra*, I).

25. Así Rodríguez Devesa, PG, p. 481.

C) *La actio libera in causa y la fuerza irresistible*

31 Concurrirá una modalidad de *actio libera in causa* cuando, pese a haberse realizado bajo fuerza irresistible, el acto era «libre» en su origen por haber sido provocado por el agente en un momento *anterior* a la presencia de la fuerza. Si la actuación forzada fue **buscada o querida** anteriormente por el forzado, la fuerza no excluirá la conducta voluntaria anterior, que podrá, en su caso, realizar un tipo doloso si el sujeto aceptó la lesión última. Téngase en cuenta que querer la fuerza puede no significar en el caso concreto querer la lesión que acaba ocasionándose, supuesto en que también puede existir solamente un delito imprudente. También existirá comportamiento imputable aunque la violencia no haya sido querida, si era **previsible y evitable**. Sin embargo, entonces sólo podrá, en su caso, concurrir un tipo imprudente.

D) *La fuerza irresistible en los delitos de omisión*

32 Si también los delitos de omisión requieren un comportamiento positivo (uno incompatible con el indicado), éste puede faltar por fuerza irresistible, ya sea procedente de una persona —alguien impide por la fuerza que A socorra a B—, ya sea de carácter no humano (el viento, las aguas, la fuerza de la inercia). Pero no es preciso que la fuerza impida todo comportamiento al sujeto, del mismo modo que tampoco es necesario que ello suceda en los delitos de acción. Mientras es forzado el sujeto tal vez pueda gritar, revolverse, etc. En los delitos de acción es evidente que estas otras conductas son para el Derecho penal irrelevantes, porque no pueden dar lugar al hecho típico. En los delitos de omisión, si se afirma que puede ser típica cualquier conducta incompatible con la indicada, tampoco pueden considerarse relevantes para el tipo las conductas que el forzado pueda realizar si son irrelevantes en orden a impedir la acción indicada. Así, el gritar en vano por parte de quien se ve impedido violentamente de socorrer. Lo que es incompatible con el socorro es permanecer en la situación que le impone la fuerza irresistible: p. ej., estar sujeto o encerrado. Éste es el estado que carece del carácter de comportamiento humano por fuerza irresistible. Ahora bien, si el forzado podía pedir que otro socorriera y no lo hace, su silencio puede considerarse un comportamiento no forzado, que puede servir de base al tipo de omisión (así art. 195, 2 CP).

2. *Movimientos reflejos*

33 A) Los movimientos reflejos tienen lugar **sin la participación de la voluntad**. Son procesos en que «el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica,

pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello sin intervención primaria de la conciencia».[26]

B) Dentro de este apartado, cabría destacar los supuestos de **paralización momentánea** por obra de una impresión física (el deslumbramiento, por ejemplo),[27] o psíquica.[28] Pero deberá limitarse a aquellos casos en que al sujeto no le sería posible reaccionar, porque de lo contrario estaríamos ante un caso de *imprudente* retraso de la acción. Se ha llegado a sostener que las reacciones equivocadas de un conductor ante una situación de peligro repentinamente aparecido no son movimientos reflejos ya que *pueden controlarse* mediante ejercicio.[29] Ahora bien, en el tráfico los momentos de parálisis seguirán a una conducta voluntaria, a la que podrá atribuirse causalmente el resultado: la calificación dependerá de la imprudencia o prudencia de esta *acción anterior* en relación al resultado, mejor que de la presencia o falta de acción en el último instante.[30] **34**

C) Esto enlaza con la problemática de la ***actio libera in causa*****:** todo movimiento reflejo que causa un delito sólo conducirá a la impunidad cuando no hubiese sido *buscado* para delinquir (de lo contrario deberá estimarse un delito doloso), ni fuese producto *imprudente* de una conducta anterior (de otro modo concurriría un delito culposo, si la ley lo prevé expresamente). **35**

D) *No son movimientos reflejos* las **«reacciones primitivas»**, en las que el estímulo externo no recorre totalmente la interpolación de una personalidad desarrollada (Kretschmer). Dentro de ellas se distinguen los **«actos en corto circuito»** y las **«reacciones explosivas»**. Mientras que éstas últimas se materializan en una descarga motriz elemental, las primeras son más complejas.[31] **36**

Ejemplos: Un caso de acto en corto circuito fue el enjuiciado por la STS 23 sept. 83: habiéndose inclinado el procesado hacia adelante para sacar vino de una barrica, alguien le agarró con fuerza los genitales para gastarle una broma, frente a lo cual reaccionó dolorido el primero girándose rápidamente y dando un codazo al agresor, que cayó **37**

26. Cfr. Silva, ADPCP 1986, p. 908; Rodríguez Devesa, PG, p. 478.

27. La STS 11 mayo 76 aprecia ausencia de acción en un caso en que un enmascarado escondido en la parte trasera de un coche agarra por detrás a la chica que conduce y que, a consecuencia de ello, suelta el volante en un «movimiento instintivo».

28. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 479.

29. Así Jescheck, Tratado, p. 298, nota 30. Sobre este problema cfr. las obras de Franzheim y Spiegel cit. en la bibliogr. de esta Lección. Llega a negar incluso que los verdaderos movimientos reflejos excluyan la acción por entender que la investigación médica ha puesto de manifiesto una cierta probabilidad de evitarlos, Schünemann, GA 1985, p. 347.

30. Así, la jurisprudencia clásica del TS negó la falta de delito en casos de deslumbramiento, por ejemplo, en las SS 31 dic. 75, 11 mayo 77 y 20 febr. 81.

31. Cfr. Silva, ADPCP 1986, p. 915.

al suelo, se golpeó en la cabeza y murió.[32] Un ejemplo de reacción explosiva lo constituirían ciertas situaciones que se producen en la cárcel y algunos estados de embriaguez patológica.

38 Todos estos casos, que integran la llamada **«zona intermedia»**, han de considerarse formas de conducta en las que de algún modo interviene la voluntad. No excluyen el comportamiento humano, sino la imputabilidad (y, por tanto, la imputación personal).[33] En el Derecho español podrían incluirse, por tanto, en el **trastorno mental transitorio** (art. 20, 1º CP), que excluye la imputabilidad.

39 E) No hay en el **art. 20 CP** ninguna eximente que prevea los movimientos reflejos. Pero esto no significa que no se excluyan del concepto de delito: El **art. 10 CP** se refiere a las «acciones y omisiones», por lo que si falta la acción no puede haber delito —lo que sucede cuando está ausente la posibilidad de control por la voluntad—. Ello es seguro en los movimientos reflejos, que no dependen de la voluntad. Y que no sólo el art. 20 puede determinar la ausencia de delito lo demuestra el hecho de que también la falta de tipicidad implica tal consecuencia y, sin embargo, no se halla prevista en el art. 20. Del mismo modo los movimientos reflejos no son delitos porque no son acciones ni omisiones penadas por la ley.

3. *Inconsciencia*

40 Los supuestos más importantes son: hipnotismo, sueño y embriaguez letárgica.

41 A) **Hipnotismo**: Ya se ha dicho que en Alemania se considera posible modalidad de fuerza irresistible. En cualquier caso es previo el problema de la **posibilidad** misma de la comisión de delitos por hipnosis. Dos opiniones extremas se han pronunciado sobre el tema: a) la **escuela de Nancy** afirma la posibilidad de sugestión de delitos en estado de hipnotismo; b) la **escuela de París** niega tal posibilidad. Existe, además, otra posición, *intermedia* entre las dos anteriores, que hace depender de la personalidad del sujeto la posibilidad de sugestión de

32. Cfr. críticamente sobre esta sentencia, que equipara incorrectamente movimientos reflejos y actos en corto circuito, Silva, ADPCP pp. 905 ss. También la STS 15 oct. 88 incluye incorrectamente un «movimiento instintivo» entre los actos reflejos.

33. Doc. dom.: cfr. Maurach, Tratado, I, p. 215: Silva, ADPCP 1987, pp. 917, 931 (aunque en el caso mencionado de la STS 23 sept. 83 entiende que ya faltaba el tipo de injusto: pp. 931 ss.). La STS 15 julio 87 contempla una «reacción de tipo explosivo» apreciando una total exclusión de la imputabilidad. En la jurisprudencia actual, la SAP Las Palmas, 2ª, 37/10, de 17 feb., revocó en apelación sentencia condenatoria de primera instancia por apreciar movimiento reflejo en un supuesto de lesiones que las lesiones provocadas por el condenado en primera instancia lo fueron como consecuencia de un "movimiento reflejo para zafarse de un agarrón".

delitos por hipnosis.[34] Por otra parte, un sector doctrinal entiende que la hipnosis sólo puede llegar a excluir la imputabilidad y no la acción misma.[35] Aunque es difícil que se plantee el supuesto, la cuestión no carece por completo de trascendencia práctica, como lo muestra el hecho de que ya Jiménez de Asúa aportase como ejemplo un caso de hipnosis alegado en Dinamarca a propósito de un atraco a un Banco en el que resultó homicidio.[36]

En cualquier caso, deben recordarse las reglas de la *actio libera in causa*, que podrían conducir a responsabilidad del hipnotizado[37] a título de dolo, si buscó la hipnosis para delinquir, o de imprudencia, si no lo hizo pero pudo preverlo). **42**

B) **Sueño**. Jescheck propone como ejemplo el del sonámbulo que destruye un valioso objeto.[38] La SAP Zaragoza 7 jul. 99 admitió el caso de un Guardia Civil sonámbulo que durante el sueño cogió su arma, la montó y la disparó. Mayor importancia práctica encierra el sueño sobrevenido durante la conducción, causa frecuente de graves accidentes. En ambos casos faltará la acción en el momento de producirse el resultado lesivo. No obstante, sólo cabrá afirmar la impunidad, en base al art. 10º CP, si no se oponen a ello los principios de la *actio libera in causa*.[39] Así, las lesiones causadas por el vehículo por haberse dormido el conductor serán imputables, por lo general, a imprudencia, ya que normalmente se advertirá que sobreviene el sueño a tiempo de detener la marcha. Numerosas sentencias se pronuncian en este sentido (así SSTS 16 nov. 76, 29 en. 80; también 10 mayo 76, 3 jun. 77, 10 oct. 77, 5 dic. 80, 14 dic. 81, 31 marzo 82). **43**

C) **Embriaguez letárgica**. Puede considerarse tanto como causa de exclusión de la acción requerida por el art. 10 CP, como incluirse actualmente en la eximente de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas u otras drogas (art. 20, 1º CP). Pero en todo caso debe advertirse que constituye una modalidad que a diferencia de otras formas de embriaguez plena que no llegan a producir inconsciencia, no sólo excluye la imputabilidad y, por tanto, el último elemento de la definición de delito (la imputación personal), sino ya el primero, el propio comportamiento humano.[40] **44**

---

34. Así Jiménez de Asúa, Tratado III (1965), p. 711; Rodríguez Devesa, PG, p. 480; López Sáiz/Codón, Psiquiatría, II, p. 533.

35. Así Maurach, Tratado, I, p. 216; Antón Oneca, PG, p. 301; Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 67. Admiten que pueda excluir la propia acción: Jiménez de Asúa, Tratado III, pp. 719 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 479; Rodríguez Mourullo, PG, p. 232; Quintero/Morales/Prats, PG,, pp. 362 s.; Sáinz Cantero, Lecciones, p. 270.

36. Cfr. Jiménez de Asúa, Tratado, III, pp. 712 ss.

37. Cfr. Quintero/Morales/Prats, PG, p. 363.

38. Cfr. Jescheck, Tratado, I, p. 426.

39. Cfr. Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 66, nota 2.

40. Sobre los diferentes efectos del alcohol como causa de exclusión de la acción y de exclusión o disminución de la imputabilidad ver el Auto del TS 8 sep. 99.

Lección 9.
ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL Y CLASES DE TIPOS PENALES

Bibliografía

Abanto, Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos, en Rev. Jur. Castilla La Mancha, nº 34, 2003; *Acale*, El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, 2001; *Alcácer*, Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria, en La Ley Penal, nº 10, nov. 2004; *el mismo*, Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad, en A.A.V.V., Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón, 2004; *Alonso Álamo*, Delitos de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia, en Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón, 2004; *Balmaceda Quiros*, Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva, 2014; *Barbero Santos*, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, ADPCP 1973, pp. 487 ss.; *Beristain Ipiña*, Resultado y delitos de peligro, en el mismo, Cuestiones penales y criminológicas, 1979, pp. 261 ss. (=RFDUC, XII, 1969), pp. 445 ss.; *Brehm*, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; *Carrasco*, Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria, 2002; *Cerezo*, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo, RDPCr nº 10, 2002; *Corcoy*, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, 1999; *Córdoba Roda*, Les délits de mise en danger, en RintDP 1969, pp. 357 ss.; *Cox*, Delitos de posesión. Bases para una dogmática, 2012; *Díaz y García*, El error sobre elementos normativos del tipo penal, 2008; *Dopslaff*, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, pp. 1 ss.; *Engelsing*, Eigenhändige Delikte, en Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 212, 1926; *Engisch*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, en Festschrift für Mezger, 1954, pp. 127 ss.; *Escrivá Gregori*, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, 1976; *Finger*, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, en Festgabe für Frank, I, 1930, pp. 230 ss.; *W. Frisch*, An den Grenzen des Strafrechts, en Festschrift f. Stree/Wessels, 1993, pp. 69 ss.; *Fuentes Osorio*, Formas de anticipación de la tutela penal, en RECPC (8) 2006; *el mismo*, Formas de anticipación de la tutela penal, 2009; *el mismo*, ¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?, en RECPC (14) 2012; *Gallas*, Abstrakte und konkrete Gefährdung, en Festschrift für Heinitz, 1972, pp. 171 ss.; *Gil Gil*, Los tipos mixtos y su clasificación, RDPCr (número extraordinario) 2000, pp. 77 ss.; *Gianniti*, L'oggeto materiale del reato, 1966; *Gimbernat*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; *Gómez Martín*, Los delitos especiales, 2003, en www.tdx.cesca.es; *el mismo*, "La doctrina del «delictum sui generis»: ¿queda algo en pie?", RECPC, 2005; *el mismo*, Los delitos especiales, Buenos Aires 2006; *el mismo*, Participación de extranei en delitos especiales. Análisis del problema a partir del caso de la falsificación del boletín de denuncia (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005), en Miró (dir.)/Rodríguez Ferrández (coord.), ¿Casos difíciles o irresolubles?, 2010; *el mismo*, Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria, en RECPC (14) 2012; *el mismo*, Delitos especiales y moderna dogmática del Derecho penal económico: ¿Un matrimonio bien avenido?, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Gómez Rivero*, ¿Queda

algo aún de los llamados delitos de propia mano?, en RGDP (6) 2006; *González Tapia*, El lugar de comisión del delito, en A.A.V.V., Hacia una Justicia Internacional, XXI Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia, 2000, pp. 345 ss.; *la misma,* Determinación del tiempo de comisión del delito, 2002; *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumptionen im Strafrecht, 1991; *Raimund Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; *W. Hassemer*, Rücksichten auf das Verbrechensopfer, en Festschrift für Klug, 1983, pp. 217 ss.; *Herzberg*, Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970), pp. 896 ss.; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hoyer*, Zum Begriff der «abstrakten Gefahr», JA 1990, pp. 183 ss; *Hirsch*, Gefahr und Gefährlichkeit, en Festschrift für Arthur Kafmann, 1993, pp. 545 ss.; *Hruschka*, Die Dogmatik der Dauerstraftaten..., GA 1968, pp. 193 ss.; *Jescheck*, Erfolgsdelikte, en Niederschriften, II, pp. 246 ss.; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der Abstrakten und Konkreten Gefährdungsdelikte, 1989; *el mismo*, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura 1984 (trad. al español en, Hechos brutos y elementos normativos del tipo, en InDret 2/2014); *el mismo*, Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico, LH Tiedemann, 1995, pp. 441 ss.; *el mismo*, Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, en InDret 1/2009; *el mismo,* Los tipos de delito en el Derecho penal económico, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Kiss*, Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo "adelantado"?, en InDret, 1/2015; *Kuhlen*, Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, en *v.* Hirsch/Seelmann/Wohlers (ed.), Mediating Principles, 2006 (trad. al español en, Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Kunert*, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967; *Lange*, Die notwendige Teilnahme, 1940; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *Laurenzo*, El resultado en Derecho penal, 1992; *Liesa*, Concepto de ofendidos por el delito, RGLJ, enero 1949; *Lloria*, Aproximación al estudio del delito permanente, 2006; *Lüderssen*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Resozialisierung, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Lund*, Mehraktige Delikte, 1993; *Maqueda*, Los delitos de propia mano, 1992; *Martos Núñez*, Delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal español, 2012; *D. Marxen*, Strafbarkeitseinschränkungen bei abstrakten Gefährdungsdelikten, 1991; *Mata*, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, 1997; *Méndez*, Los delitos de peligro..., 1993; *Mendoza*, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; *la misma*, La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto, RDPCr nº 9 (2002), pp. 39 ss.; *la misma*, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, 2001; *A. Meyer*, Die gefährlichkeitsdelikte, 1992; *Mezger*, Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, en Festschrift für Traeger, 1926, pp. 187 ss.; *Mir Puig*, Objeto del delito, en NEJ, XVII, pp. 764 ss.; *el mismo*, La habitualidad criminal del art. 4 de la LPRS, RJCat. 1974, pp. 103 ss.; *Neumann*, Die Stellung des Opfers im Strafrecht, en Hassemer (ed.), Strafrechtspolitik, 1987; *Novoa Monreal*, Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro, RDPC (Argentina), 1968, nº 3; *Oppenheim*, Die Objekte des Verbrechens, 1894; *Ortego Costales*, Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho penal, 1959; *el mismo*, Teoría de la Parte Especial del Derecho penal, 1988; *Ostendorf*, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982, pp. 426 ss.; *Pastor*, El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del "peligro del peligro", en *Cancio/Gómez-Jara* (Coord.), Derecho penal del enemigo, Buenos Aires 2006; *la misma*, Besitz- und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annährung, 2006; *Peñaranda*, Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: Una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber, en La responsabilidad en los "delitos especiales": El debate doctrinal en la actualidad, 2014; *Polaino*, El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado, en RPJ nº 72, 2003; *Puschke*, Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito, en InDret 4/2010; *Quintero Olivares*, Los delitos especiales y la teoría de la participación, 1974; *Rocco*, L'oggeto del reato e della tutela giuridica penale, 1913; *Rodríguez Ramos*, El «resultado» en la teoría jurídica del delito, CPC 1 (1977), pp. 49 ss.; *Roxin*, Pflichtdelikte und Tatherrschaft, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Sánchez-Ostiz*, Los delitos de peligro. Propuestas para su legítima aplicación, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Sánchez-Vera*, El denominado "delito de propia mano", 2004; *R. Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers von sich selbst?, en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 113 ss.; *H. J. Schneider (ed.)*, Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, 1982 (volumen colectivo); *H. Schröder*, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? JZ 1967, pp.522 ss.; *el mismo*, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), pp. 7 ss.; *F. Chr. Schroeder*, Die Gefährdungsdelikte, Beiheft ZStW 1982, pp. 1 ss.;

Schultz, Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehungen zwischen Täter und Opfer, en SchwZStr 71 (1956); *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pp. 792 ss.; *Schütze*, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1969; *Silva*, La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de la acción, en LH al Prof. Valle Muñiz, 2001; *Stratenwerth*, Zur Legitimation von "Verhaltensdelikten", en v. Hirsch/Seelmann/Wohlers, Mediating Principles, 2006 (trad. en español en, Sobre la legitimación de los delitos de conducta, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012); *Torío*, Los delitos de peligro hipotético, ADPCP 1981, pp. 825 ss.; *Voltz*, Unrecht und Schuld asbtrakter Gefährdungsdelikte, 1968; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts –Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, 2000; *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäbigkeit, 1931; *el mismo*, Las categorías de la tipicidad, trad. de *Carrasco*, 2005; *Wolter*, Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, JuS1982, pp. 343 ss.; *Zanotti,* Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo, 1885; *Zöller*, Die notwendige Teilnahme (tesis), Bonn, 1970.

Después de haber contemplado los aspectos más generales de todo tipo penal, profundizaremos a continuación en el análisis de la estructura del tipo penal, en las distintas clases de tipos penales que surgen de distintas combinaciones de tales elementos, y en la distinción de elementos descriptivos y elementos normativos en la formulación de los tipos. **1**

I. Elementos de la estructura del tipo penal

Los elementos estructurales del tipo son tres: la conducta[1] típica, sus sujetos y sus objetos. **2**

1. *La conducta típica*

Toda conducta típica debe integrarse de las dos componentes necesarias de todo comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva. Pero aquí no se trata de comprobar los caracteres *generales* de todo comportamiento que puede importar al Derecho penal (carácter externo y final), sino de examinar si, una vez confirmada la presencia de un tal comportamiento, el mismo reúne todos los requisitos de *un determinado tipo penal*. La parte objetiva y la parte subjetiva de la concreta conducta deben encajar en la parte objetiva y en la parte subjetiva del tipo para que concurra una conducta típica. **3**

A) La **parte objetiva** del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. Sólo en determinados tipos —como veremos, llamados «delitos de resultado»— se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella: p. ej., la muerte de la víctima en el tipo de homicidio. Este resultado separado no es, pues, un elemento necesario de todo tipo. **4**

1. La palabra «conducta», equivalente a la de «comportamiento», da cabida, como sabemos, no sólo a movimientos activos, sino también a comportamientos definidos normativamente.

5 B) La **parte subjetiva** del tipo se halla constituida siempre por la *voluntad* —consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia—, y a veces por especiales *elementos subjetivos* (por ejemplo, el «ánimo de lucro» en el delito de hurto (art. 234 CP). Estos conceptos se explicarán en las Lecciones correspondientes a la parte subjetiva del tipo doloso y del delito imprudente.

2. *Los sujetos de la conducta típica*

6 El tipo penal supone la presencia de tres sujetos que se encuentran en una determinada relación recíproca: el **sujeto activo** (quien realiza el tipo), el **sujeto pasivo** (el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo) y el **Estado** (llamado a reaccionar con una pena).

7 Calliess, que ha destacado la importancia de estos sujetos en toda norma penal, describe la conexión existente entre ellos como un conjunto de *expectativas recíprocas*: cada uno de ellos espera de los otros no sólo determinados comportamientos, sino también la existencia de expectativas frente a él. Así, el sujeto activo puede esperar que el Estado le persiga y castigue, el sujeto pasivo confía en que la punición del hecho haga desistir a los posibles delincuentes a ejecutar el delito, y el Estado espera que la amenaza de la pena impida la actuación del sujeto activo. La relación intersubjetiva es esencial en toda acción social, por lo que conviene subrayarlo si se quiere entender el delito en su dimensión social y no como fenómeno individual.[2]

8 El concepto de **sujeto activo** corresponde a las Lecciones destinadas a la codelincuencia (Lec. 14 y 15). Aquí importa, en cambio, la precisión del concepto de **sujeto pasivo**. Ello no sólo posee importancia constructiva, sino también trascendencia práctica: de quién sea el sujeto pasivo pueden depender 1º) la impunidad o no del autor, 2º) la posibilidad de atenuar o agravar la pena y, 3º) otros efectos legales.

9 Así, p. ej.: 1º) El consentimiento sólo es válido, en orden a la *exclusión* de la responsabilidad penal, si lo presta el sujeto pasivo, y la excusa absolutoria del art. 268 CP presupone que el sujeto pasivo se halle respecto del sujeto activo en una determinada relación de parentesco. 2º) La individualización del sujeto pasivo tiene importancia para *atenuar* la pena en el número 5º del art. 21, para agravarla en los números 2º y 4º del art. 22 (estos preceptos se refieren a la «víctima» o al «ofendido») y para atenuar o agravar, según los casos, en el art. 23 (que habla del «agraviado»). 3º) Por último, la determinación del sujeto pasivo importa a *otros efectos*, como los previstos en los arts. 48 y 86 CP.

10 **Sujeto pasivo** es *«el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito»* (Antolisei). Según esto, el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción, ni con el «perjudicado»:

---

2. Calliess, Theorie, pp. 16 s.

A) Deben distinguirse los conceptos de sujeto pasivo y de **persona sobre la que recae físicamente la acción típica**.[3] En los delitos contra las personas ambos sujetos coinciden, porque en ellos el titular del bien jurídico protegido es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica. Pero ello no sucede en otros delitos, como el de estafa, en el cual el engaño típico puede recaer sobre una persona distinta de la que sufre el perjuicio patrimonial (sólo ésta constituye el sujeto pasivo, porque sólo ésta es titular del bien jurídico protegido). **11**

Ejemplo: Engañando a un dependiente de una joyería, alguien se hace entregar por él unas joyas con las que desaparece. El sujeto pasivo no es el dependiente, sino el propietario de la joyería. **12**

B) Sujeto pasivo y **«perjudicado»** tampoco coinciden. Este segundo concepto es más amplio, porque abarca no sólo al *titular* del interés lesionado de modo central (esencial) por el delito, sino a todos quienes soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas. Así, en el homicidio la víctima es el sujeto pasivo, y sus familiares, los perjudicados. El concepto de perjudicado posee trascendencia a efectos de *responsabilidad civil*, que procede frente a todo aquel que tenga ese carácter (ver art. 109 CP).[4] **13**

Además de la *persona física normal*, pueden ser sujeto pasivo los *inimputables*, la *sociedad*, la *persona jurídica* y el *Estado*, siendo discutible si pueden serlo el *difunto* y el *feto*. La extensión del concepto de sujeto pasivo a algunos de estos supuestos, como la sociedad, es posible porque no es preciso en él la formal titularidad de un derecho subjetivo (sólo concurrente en sujetos de derechos), sino que basta la del interés esencial en el delito. **14**

3. *Objetos*

Debe distinguirse entre **objeto material** (u **objeto de la acción**) y **objeto jurídico**. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como «objeto de la acción». Puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio o en las lesiones), pero no es preciso (ejemplo: en el delito de hurto es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta). **15**

El objeto *jurídico* equivale al **bien jurídico**, es decir el bien objeto de la protección de la ley. No equivale al objeto material. Ejemplo: en el delito de hurto el **16**

3. Cfr. p. ej. Cobo/Vives, PG, p. 331.
4. Cfr. Sáinz Cantero, Lecciones, p. 486.

objeto jurídico es la propiedad de una cosa, en tanto que el objeto material es la cosa hurtada. (Sobre esta distinción *vid. supra*, Lección 6, IV 2 A b).[5]

II. Clases de tipos[6]

17 La clasificación de los tipos puede partir de las modalidades que adoptan sus elementos.

1. *Según las modalidades de la acción*

A) *Por las modalidades de la* ***parte objetiva***

a) *Delitos de mera actividad y de resultado*

18 a') Importa aquí si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la causación de un resultado *separable* espacio-temporalmente de la conducta. En los **delitos de mera actividad** no es necesario. Ejemplos: allanamiento de morada (art. 202 CP), agresión sexual (art. 178 CP). Lo contrario sucede en los **delitos de resultado**. Ejemplo: el homicidio (art. 138 CP). En este sentido estricto, no será «resultado» ni la sola exteriorización de la conducta[7] ni la lesión del bien jurídico.[8] Así, por ejemplo, el delito de allanamiento de morada lesiona el bien jurídico de la inviolabilidad de la morada, pero no es necesario que produzca ningún resultado separable espacio-temporalmente, por lo que es de mera actividad.

19 Esta distinción tiene importancia para: 1º) la exigencia o no de **relación de causalidad** entre conducta y resultado; 2º) la determinación del **tiempo y lugar del delito** (sólo problemática en los delitos de resultado). La relación de causalidad exige un amplio tratamiento en una Lección posterior (vid. Lec. 10). A la determinación del tiempo y lugar del delito dedicaremos aquí cierta atención.

Excurso: **Tiempo y lugar del delito** *en los delitos de resultado*

20 La aplicación de la ley exige, a veces, saber *cuándo* y *dónde* se ha realizado el tipo. Así, por ej., el **tiempo** es importante para decidir cuándo una *ley* es anterior

---

5. Cfr. Mir Puig, Objeto del delito, pp. 765 s.
6. Cfr. E. Wolf, Typen cit. passim.
7. Aunque también la conducta puede verse como «resultado» de la voluntad —y supra Lec. 6, IV 3, nos referimos en este sentido a la conducta que resulta efectivamente lesiva—, no es éste el sentido en que dicho término se emplea cuando se contrapone a la conducta en los «delitos de resultado». Así la doc. dom. en España: cfr. Rodríguez Ramos, CPC 1977, pp. 50 ss.; Antón Oneca, PG, p. 162; Rodríguez Mourullo, PG, p. 271; Cobo/Vives, PG, pp. 349-351.
8. En distinto sentido Laurenzo, Resultado, pp. 182 s.

o posterior al delito —recuérdese que, salvo en las leyes más favorables para el reo, rige en Derecho penal el principio de irretroactividad de la ley a hechos anteriores a su entrada en vigor—, a qué momento debe referirse la *inimputabilidad* del autor, o a partir de cuándo debe empezar el cómputo de los plazos de *prescripción* del delito. El **lugar** importa sobre todo a efectos de *competencia* procesal, sobre todo cuando se trata de determinar si el delito se cometió en España o en el extranjero. La cuestión no será problemática en los delitos en que el resultado sigue inmediatamente a la conducta, pero sí en aquéllos en que entre la manifestación de voluntad y el resultado medie una separación temporal o espacial de cierta importancia.

21 Tres perspectivas se han propuesto para resolver estos problemas: A) la **teoría de la actividad**, B) la **teoría del resultado** y C) la **teoría de la ubicuidad**, según que el punto de referencia elegido sea la conducta, el resultado o ambos al mismo tiempo. A esto se añade que la **teoría de la valoración jurídica**, defendida por Mezger y que encuentra acogida en España, cree que será preciso aplicar un criterio u otro según los fines perseguidos por las distintas instituciones en que el problema se plantea.[9] Una versión intermedia, que ha triunfado en el *nuevo* Código alemán, consiste en distinguir las soluciones aplicables para determinar el lugar y el tiempo, respectivamente, pero solucionando *unitariamente cada uno de estos dos problemas*.

22 La anterior Ley Orgánica del Poder Judicial —hoy sustituida— acogía la teoría del *resultado* para la determinación del **lugar** a efectos de aplicación de la ley en el espacio (art. 335),[10] y la Jurisprudencia había seguido la misma teoría para la determinación de la competencia procesal (art. 14 Ley Enjuiciamiento Criminal).[11] Pero ni la actual LOPJ de 1 julio 1985, ni ningún otro precepto determinan que deba ser este criterio del resultado el decisivo. La **teoría de la ubicuidad** es la que debe reputarse preferible político-criminalmente para fijar el lugar del delito, puesto que evita *lagunas* que conduzcan a impunidades absurdas.[12]

---

9. Cfr. Mezger, Tratado, I, pp. 265 ss.; Rodríguez Mourullo, Lugar del delito, en NEJ, XV, p. 724; Casabó Ruiz, Comentarios, II, pp. 36 ss.; Rodríguez Devesa, PG, pp. 383 ss.; Sáinz Cantero, Lecciones, pp. 418 s.; Cerezo, PG, II, 6ª ed., pp. 76 ss.

10. Antón Oneca, PG, pp. 174 s. Decía este precepto: «El conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros, corresponderá a los Tribunales y jueces españoles en el caso de que los actos perpetrados en España constituyan por sí delitos, y sólo respecto a éstos».

11. Así Muñoz Conde, Adiciones, p. 247 y Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 171.

12. Así el § 9 StGB 1975 y el art. 14 Proyecto CP 1980. En favor de la teoría de la ubicuidad, siguiendo a Mezger (I, pp. 266 s.), Rodríguez Devesa, PG, p. 384; Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 79; Rodríguez Mourullo, Lugar, pp. 725 s. También en favor de la teoría de la ubicuidad STC 17 dic. 86., SSTS 1693/2003 de 11 dic., 1626/2003 de 29 en. 2004, Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 3 febr. 2005 ("El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en

23 Respecto al **tiempo** del hecho, una corriente doctrinal[13] pide que se aplique para todos los casos la **teoría de la actividad**, lo que coincide con el criterio del § 8 del Código Penal alemán. Esta ha sido la solución adoptada expresamente por el art. 7 CP a los efectos de aplicación temporal de la ley penal.

24 Un sector de la doctrina española se inclina por preferir la teoría del resultado en orden a determinar el momento a partir del cual empieza a correr el plazo de *prescripción* del delito.[14] Sin embargo, la teoría de la actividad tiene también una ventaja a tener en cuenta en tema de prescripción: permite resolver satisfactoriamente los casos en que el resultado consiste en un *acortamiento* de la vida o de la salud que se manifiesta tan tardíamente que sobrepasa incluso los plazos de prescripción.

25 b') Tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en **delitos instantáneos, permanentes y de estado**, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un *estado* antijurídico de cierta *duración* (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos). Ejemplo de **delito instantáneo** sería el homicidio: se consuma en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera[15]. Mayor dificultad encierra la distinción de las otras dos clases de delitos. El **delito permanente** supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor* (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 163 CP); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito *se sigue consumando* hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el **delito de estado**, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento (*ejemplos*: falsificación de documentos, arts. 390 y ss., matrimonios ilegales, arts. 217 y ss.).[16]

26 Esta distinción importa siempre que la ley asigna efectos al momento de consumación del delito (prescripción, deslinde de complicidad y encubrimiento, actualidad de la legítima defensa, tiempo del delito). En particular, por lo que se

---

principio competente para la instrucción de la causa"), SSTS 1104/2006 de 20 nov., 1102/2007 de 20 dic., 155/2007 de 28 febr., 409/2005 de 24 mar., 341/2005 de 17 mar.

13. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 176. También así Cuello Calón, PG, I, pp. 358-360; Jiménez de Asúa, Tratado, III, pp. 497 s.

14. Cfr. Rodríguez Mourullo, Lugar, p. 725; Casabó, Comentarios, II, pp. 37 s.; Sáinz Cantero, Lecciones, p. 407. También admiten que la prescripción empiece a computarse a partir de la producción del resultado, si éste tiene lugar, Rodríguez Devesa, PG, p. 385, y Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 78; Luzón, Curso, pp. 195 s.

15. En contra Roxin, AT, § 10/106.

16. Escribe Maurach: «Mientras que el autor del delito de estado se desprende de su hecho con la consumación, el del delito permanente... omite poner término a la situación creada...», cfr. Tratado, II, p. 427. Según el TS la bigamia es un delito de estado, porque se consuma de forma instantánea aunque cree un estado antijurídico: así las STSS 20 en. 86 y 7 mar. 93, que citan en el mismo sentido las de 18 febr. 60, 11 jun. 76, 2 mayo 77 y 22 dic. 78. Cfr. también SSTS 1741/2000 de 14 nov., 556/2006 de 31 mayo, 839/2002 de 6 mayo.

refiere a la **prescripción**, sólo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de estado (art. 132 CP).

Ejemplo: En la bigamia, delito de estado, el plazo de la prescripción se computará a partir de la celebración del matrimonio ulterior, sin que deba esperarse a que cese el estado antijurídico por él creado y representado por la subsistencia del matrimonio bígamo. **27**

b) *Delitos de acción y de omisión*

Se llaman **delitos de acción** aquéllos en que la ley *prohíbe* la realización de una conducta que se estima *nociva*. Son de **omisión** aquéllos en que *se ordena* actuar en determinado sentido que se reputa *beneficioso* y se castiga el no hacerlo. Pero en ambos casos concurre una conducta positiva: en el delito de omisión la que se realiza en lugar de la ordenada. Como se ve, la diferencia entre delitos de acción y de omisión no reside, pues, en el plano del comportamiento —siempre positivo—, sino en el normativo de la clase y contenido de la norma jurídica infringida: si es prohibitiva de una conducta nociva origina un delito de acción y si es preceptiva de una conducta beneficiosa uno de omisión (cfr. *supra*, Lección 7, III 3 B y Lección 12, I y II). **28**

Los delitos de omisión de mera actividad reciben el nombre de delitos de **omisión pura o propia**. En ellos se describe sólo un no hacer, con independencia de si del mismo se sigue o no un resultado. Ejemplo: la omisión de socorro del art. 195 CP, que se contenta y consuma con el mero no prestar ayuda. Los delitos de omisión en que se ordena evitar un determinado resultado son delitos de **omisión impropia** o, mejor, de **comisión por omisión**. No basta entonces el no hacer, si no ha hecho posible la producción del resultado típico: son delitos de resultado. El Código penal prevé expresamente algunos supuestos (ej.: art. 382, 2º CP), pero los más importantes (llamados «supralegales») caben, según interpretación de la doctrina, en los tipos que prevén sólo la producción de un resultado, sin limitar las modalidades de la acción —esto último es discutido. **29**

Ejemplo: el homicidio del art. 138.1 requiere solamente «matar» a otro, lo que puede tener lugar también por omisión: así, la madre que deja sin alimentar a su hijo recién nacido. **30**

c) *Delitos de medios determinados y resultativos*

Mientras que en los **delitos de medios determinados** la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de **31**

voluntad (ej.: el robo con fuerza en las cosas supone el empleo de una de las formas de fuerza previstas en el art. 238 CP), en los **delitos resultativos** basta cualquier conducta que cause el resultado típico (ej.: art. 138.1: «el que matare a otro»), sin limitación de modalidades de acción.

32 Como se ha visto, esta distinción posee trascendencia para la omisión, pues es mucho más fácil admitir la posibilidad de la comisión por omisión supralegal en los tipos resultativos que en los de medios determinados (activos).

d) *Delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos*

33 Según que el tipo describa una sola acción (a), varias a realizar (b), o varias alternativas (c), concurrirá un delito de un acto (a), de pluralidad de actos (b) o alternativo (c), respectivamente.[17]

34 Ejemplos de **delitos de un acto**: el hurto (art. 234 CP), la bigamia (art. 217 CP). Ejemplos de **delitos de pluralidad de actos**: el robo (requiere apoderamiento y violencia o intimidación en las personas, o fuerza en las cosas: arts. 237 y ss.), la agresión sexual (requiere atentar contra la libertad sexual de otra persona mediante fuerza o intimidación: art. 178), etc. Ejemplo de **delito alternativo**: el allanamiento de morada (art. 202), cuyo tipo prevé dos modalidades posibles, la entrada en morada ajena o el mantenerse en ella contra voluntad del morador. Cualquiera de ambas basta.

35 Constituye una modalidad de delito de pluralidad de actos el **delito de hábito**. Se caracteriza por la necesidad de repetición de actos en una conexión objetiva tal que pueda hablarse de hábito. Hasta entonces el delito no se consuma.

36 *Ejemplo:* la receptación habitual del art. 299 («el que... habitualmente se aprovechare o auxiliare a los culpables»).[18]

B) *Por la relación de la parte subjetiva con la objetiva*

37 a) Si la parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva, concurre un **tipo congruente**. Es el caso normal de los delitos dolosos, en que la voluntad alcanza a la realización objetiva del tipo.

---

17. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 360.

18. Cfr. Maurach, Tratado, I, pp. 273 s. Sobre el concepto de habitualidad, en este artículo y en otros del CP y la LPRS, vid. Mir Puig, RJCat 1974, pp. 358 ss., 364 s., 367, 380 s., 383 ss.

b) Cuando la parte subjetiva de la acción no se corresponde con la objetiva nos hallamos en presencia de un **tipo incongruente**. Ello puede suceder en dos sentidos opuestos: por exceso subjetivo y por exceso objetivo.[19] **38**

a') Por **exceso subjetivo**, los tipos pueden ser portadores de **elementos subjetivos** (distintos al dolo) o constituir una forma de **imperfecta ejecución**. **39**

Los tipos portadores de elementos subjetivos pueden ser **mutilados de dos actos**, **de resultado cortado** o **de tendencia interna intensificada**. Los dos primeros se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra *actividad* posterior del mismo sujeto (delito de dos actos) o a un *resultado* independiente de él (delito de resultado cortado). Ambos coinciden, en cambio, en que ni el segundo acto pretendido ni el resultado perseguido, respectivamente, es preciso que lleguen a producirse realmente.[20] **40**

Ejemplos: la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución (art. 386, 2, párr. II CP) constituye un delito de dos actos; la celebración de matrimonio inválido para perjudicar al otro contrayente (art. 218 CP) es un delito de resultado cortado, porque la consecución del fin de perjuicio que debe perseguirse no exige necesariamente una segunda actividad del autor. **41**

Los **delitos de tendencia interna intensificada** no suponen que el autor busque algo más que está *más allá* de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un *sentido subjetivo específico*. **42**

Ejemplo: Los delitos de abusos sexuales (arts. 181 y ss. CP) requieren *ánimo lúbrico* en el autor. Así, el ginecólogo no comete el delito cuando toca la vagina de una paciente si lo hace con finalidad médica, pero sí lo cometerá si busca satisfacción sexual al hacerlo. **43**

Los **tipos de imperfecta realización (actos preparatorios punibles y tentativa)** se caracterizan porque el autor perseguía la consumación del delito y, sin embargo, no lo consigue, logrando sólo realizar determinados actos preparatorios que la ley castiga, o bien llegando a efectuar todos o parte de los actos de ejecución sin que el delito se produzca (tentativa). Son tipos incongruentes por exceso subjetivo porque el autor quería llegar más lejos (a la consumación) de lo que ha conseguido objetivamente.[21] **44**

19. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 361.

20. Hablan de *delitos de resultado cortado*, como delitos de *consumación anticipada*, las SSTS 581/2005 de 6 mayo, 410/2006 de 12 abr., 552/2007 de 18 jun., 232/2007 de 20 mar., 128/2007 de 22 febr.,

21. Cfr. así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 110.

45 b') Suponen un **exceso objetivo** los tipos **imprudentes** (o **culposos**). En ellos se produce un resultado no querido por el autor por falta de cuidado. En los delitos **cualificados por el resultado** se prevé una combinación de un hecho básico doloso y un resultado del mismo no querido que agrava la pena.

2. Según los sujetos

46 A) La ley no limita normalmente el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo «el que...» ejecute la acción típica. Todos los delitos en que esto suceda serán **delitos comunes**, a diferencia de los **delitos especiales**, de los que sólo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley (así, la de ser funcionario).[22]

47 Los delitos especiales se dividen en propios e impropios. Son **delitos especiales propios** los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta.[23]

48 *Ejemplo:* el delito de prevaricación del art. 446 CP, pues la sentencia injusta dictada (así, en autoría mediata) por quien carece de la condición de Juez es impune en cuanto tal.

49 Los **delitos especiales impropios** guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción.

50 *Ejemplo:* el delito de malversación de caudales públicos por parte de autoridad o funcionario público (art. 432 CP), pues el que realice la sustracción sin ser autoridad o funcionario competente cometerá el delito (común) de hurto (art. 234).

51 Los delitos especiales presentan importantes **problemas de codelincuencia**, que han de examinarse en las Lecciones 14 y 15, dedicadas a la autoría y participación,[24] pues su comprensión presupone el conocimiento de esa otra materia.

---

22. Cfr. Gómez Martín, Delitos especiales cit., p. XXXI; Quintero Olivares, Delitos especiales, pp. 11 ss. Sobre el tema vid. Langer, Sonderverbrechen, passim. Ver STS 10 en. 97.

23. Cfr. Gómez Martín, Delitos especiales, cit., pp. 433 ss.; Quintero Olivares, Delitos especiales, pp. 31 s.; Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 229 ss., 252 ss. Ver STS 10 en. 97.

24. Cfr. Gómez Martín, Delitos especiales, cit., pp. 257 ss. y 395 ss.; Quintero, Delitos especiales, pp. 47 ss.

B) También implican una restricción de la esfera de sujetos idóneos los **delitos de propia mano**, que exigen *contacto corporal* (como se suele afirmar de los delitos sexuales) o realización *personal* (como se dice en Alemania de la bigamia).[25] En ambos casos se cierra el paso a la posibilidad de comisión del delito utilizando a otro como instrumento (autoría mediata) (cfr. infra, Lec. 14, II). **52**

C) Según la forma de intervención del sujeto, concurrirá un tipo de autoría o de participación. El **tipo de autoría** requiere la realización de un delito (consumado o no) de la Parte Especial, directamente o por medio de otra persona que actúa como mero instrumento (*autoría mediata*), por sí solo o junto con otros (*coautoría*). Los **tipos de participación** suponen la *inducción* de o la *cooperación* con el autor de un delito (consumado o no) de la Parte Especial (arts. 28 y 29 CP). Una mayor precisión de estos conceptos ha de reservarse a las lecciones destinadas a la codelincuencia. **53**

D) En atención a la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo, se habla de **delito de encuentro**, caracterizado por la necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo. **54**

Ejemplo: el abuso sexual de un menor de dieciséis años sin violencia ni intimidación del art. 183, 1 CP. En ellos es preciso que la víctima no se oponga al acceso carnal, puesto que de otro modo concurriría una agresión sexual más grave. **55**

Se produce en estos casos lo que se llama **«participación necesaria»**, que plantea la cuestión del tratamiento jurídico-penal que corresponde al sujeto pasivo. Según el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana: **56**

a) Si la intervención del sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, permanece impune. **57**

b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse. **58**

La doctrina se aparta de este planteamiento: si el sujeto pasivo constituye *siempre* el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*.[26] Comparto esta formulación. **59**

25. Cfr. Herzberg, ZStW 82 (1970), pp. 913 ss. Críticamente Maqueda, Delitos de propia mano, pp. 110 ss., y STS 2 nov. 94.

26. Cfr. Jeschek, Tratado, pp. 969 ss.

3. *Según la relación con el bien jurídico*

60 Si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un **delito de lesión**, mientras que si se contenta con su puesta en peligro, constituirá un **delito de peligro**.

61 Los delitos de peligro se dividen en **delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto**. Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (*resultado* de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro.[27]

62 *Ejemplos:* Los apartados 1 ("El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente…") y 2 ("…el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.") del art. 379 CP (en la nueva redacción que le dio la LO 15/2007, de 30 nov.) tipifican delitos de peligro *abstracto*, porque no es preciso que la conducta haya puesto en concreto peligro algún bien jurídico, bastando la peligrosidad que se supone conlleva la acción; en cambio, el art. 380, 1 CP, que se refiere al «que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas», es, como se ve, un delito de peligro *concreto*. La expresión «peligro concreto» se entiende, en efecto, como peligro para algún bien jurídico concreto, como lo es la vida o integridad física de una persona concreta que está a punto de ser atropellada.

63 Pero, según la diferenciación expresada, los delitos de peligro abstracto no requerirían ningún peligro efectivo, por lo que sería incluso dudoso que se explicasen como verdaderos delitos de peligro.[28] Debería hablarse, a lo sumo, de delitos de «peligro *presunto*».[29] Sin embargo, hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que

---

27. En la doc. española cfr. Barbero Santos, ADPCP 1973, p. 489. Cfr. también las obras de Corcoy, Beristain, Brehm, Escrivá, Finger, Gallas, Horn, Lackner, Méndez, Novoa, Schröder, Schünemann y Volz, cit. en la bibliografía. Sobre la distinción de delitos de peligro concreto y de peligro abstracto en la jurisprudencia cfr.: SSTS 1612/2002 de 1 abr. 2003, 1828/2002 de 25 oct., 1048/2006, de 25 oct., 323/2006 de 22 mar., 1312/2005 de 7 nov., 705/2005 de 6 jun.

28. Así Rodríguez Devesa, PG, p. 410.

29. Terminología ésta de origen italiano que acoge Rodríguez Mourullo, PG, p. 277, nota 22. Pero la terminología despierta justificados recelos de presunciones contra reo en Barbero Santos, op. cit., p. 492; Corcoy, Delitos de peligro, cit., pp. 53 y ss., 175 y ss.

se había excluido *de antemano* todo peligro.[30] En favor de negar su subsistencia cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro.[31]

64 De ahí que, mejor que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*,[32] peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro.[33]

65 Lo que no podría admitirse es que en los delitos de peligro abstracto falte el tipo siempre que se pruebe que *a posteriori* no resultó peligro concreto. Admitir esto borraría la diferencia que la ley impone entre los delitos de peligro concreto y abstracto al exigir sólo para los primeros el resultado de proximidad de una lesión. Pero, sobre todo, contradiría el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto, que ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que con frecuencia son lesivas (*peligro estadístico*). Así, el conducir embriagado en principio ha de prohibirse siempre sin necesidad de que resulte inminente una lesión, pues de lo contrario muchos conducirían en este estado confiando en que en su caso no iba a producirse tal resultado.

---

30. Para la doc. alemana cfr. Jescheck, Tratado, p. 359. En España, cfr. Escrivá, Puesta en peligro, p. 73; Barbero Santos, op. cit., pp. 492, 495.

31. No obstante, la doc. dom. y la jurispr. españolas consideran que en los delitos de peligro abstracto la ley presume iuris et de iure la peligrosidad de la acción; cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 410; Rodríguez Mourullo, PG, pp. 379 s.; Rodríguez Ramos, CPC 1977, pp. 55 s.; Córdoba, RintDP 1969, p. 359. Una vía intermedia sigue Torío, ADPCP 1981, pp. 837 ss., que distingue, dentro de los delitos de peligro abstracto, dos clases: los delitos de desobediencia, que no exigirían peligro, y los delitos de peligro hipotético, en que es necesario un «peligro posible».

32. Cfr. Rodríguez Ramos, CPC 1977, pp. 55 ss. Vid. también SSTS 1612/2002 de 1 abr. 2003, 1312/2005 de 7 nov., 705/2005 de 6 jun., 323/2006 de 22 mar. y 1048/2006 de 25 oct. Pero algunos delitos de peligro abstracto requieren la producción de un resultado (como el delito de incendio del art. 351 CP) no consistente en el de proximidad de la lesión para un bien jurídico concreto.

33. El peligro es siempre una característica de la conducta *ex ante*, no del resultado: cfr. Mir Puig, Adiciones, p. 371.

III. Elementos descriptivos y elementos normativos en la formulación del tipo

66 En la formulación del tipo el legislador puede acudir a elementos *descriptivos* o a elementos *normativos*.

67 1. Son **elementos descriptivos** los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos. Ejemplo de tipo formulado exclusivamente con ayuda de elementos descriptivos es el homicidio (art. 138 CP: «matar» y «otro» son elementos descriptivos). Debe notarse, sin embargo, que a menudo los elementos descriptivos *deben precisarse* con arreglo a criterios valorativos. Así, en el ejemplo propuesto, la precisión del momento de la muerte (¿al cesar la actividad del corazón o la del cerebro?) implica inevitablemente una elección hasta cierto punto valorativa. Lo mismo ocurre en relación al concepto de «otro», cuya distinción respecto del feto no parece posible, en los casos límite, con arreglo a exclusivos criterios biológicos.[34]

68 2. Son **elementos normativos** los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.[35] Según esta definición, cabe distinguir entre elementos normativos **jurídicos** y elementos normativos **sociales**. Ambos pueden a su vez, subdividirse en elementos referidos a una **valoración** (o valorativos) y elementos referidos a un **sentido**.

Ejemplos:

69 A) El término «delito» del art. 22, 8º, I CP remite a la definición de delito de los arts. 10 y 13 CP, por lo que constituye un elemento normativo *jurídico*, e implica el desvalor del hecho, por lo que posee carácter *valorativo*; un elemento normativo *jurídico* referido a *sentido* es, en cambio, el término «ejecutoriamente» del mismo art. 22, 8º, II CP.

70 B) El art. 185 CP se refiere a actos de «exhibición obscena». Éste es un ejemplo de elemento normativo que remite a una *valoración social*. El concepto de «secreto» empleado en los arts. 197 y ss. CP ofrece un ejemplo de elemento normativo referido al *sentido social* de un concepto.

71 Ciertamente, toda palabra —también las que expresan elementos descriptivos— tiene un sentido fijado «normativamente», en cuanto se halla definido por una convención lingüística y responde a alguna norma de lenguaje. No obstante, cuando se habla de elementos descriptivos en contraposición a los normativos no quiere desconocerse esta evidencia, sino referirse a aquellos términos que, aun definidos por las normas del lenguaje, expresan realidades sensibles.

34. Cfr. Roxin, AT, §§ 10/11 y 10/59.
35. Cfr. Engisch, Mezger-Festschrift, p. 147.

Lección 10.
EL TIPO DOLOSO DE ACCIÓN

Bibliografía

Alonso Álamo, Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva, RDPC (1) 2009; *Antolisei*, Il rapporto di causalità nel diritto penale, 1934, reimpr. 1960; *Arroyo*, La protección penal de la seguridad en el trabajo, 1981; *Behrendt*, Zur Synchronisation von strafrechtlicher Handlungs-, Unrechts- und Zurechnungslehre, GA 1993, pp. 67 ss.; *Baigún*, Los delitos de peligro y la prueba del dolo, 2007; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Bolaños* (comp.), Imputación objetiva y dogmática penal, Univ. Los Andes, 2005; *Bolea Bardon*, Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros, ADPCP 1994, pp. 375 ss.; *Bonet*, La víctima del delito. (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), 1999; *Burkhardt*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die ‚Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven', en Wolter/Freund (coords.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996; *v. Buri*, Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *Burgstaller*, Erfolgszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten, 1985, pp. 375 ss.; *Bustos*, Control social y sistema penal, 1987, pp. 205 ss.; *el mismo*, Imputación objetiva, en A.A.V.V., Estudios penales y criminológicos, XI, 1989, pp. 105 ss.; *Cancio*, Los orígenes de la teoría de la adecuación social, Univ. Externado de Colombia, 1994; *el mismo*, La exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima), RDPCr (2) 1998, pp. 49 ss.; *el mismo*, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, 2001; *el mismo*, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 1998 (hay 2ª ed. de 2001); *Cancio/Ferrante/Sancinetti*, Teoría de la imputación objetiva, Bogotá, 1998; *Castaldo*, La concreción del «riesgo jurídicamente relevante», en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 223 ss.; *Corcoy*, El delito imprudente, 1989; *la misma*, Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva, ADPCP 1996, pp. 289 ss.; *la misma*, La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e in dubio pro reo-, en LH al Prof. Cerezo Mir, 2002; *Cruz Márquez*, Imputación del resultado en los supuestos de consumación prematura, en RDPC (2) 2009; *Cuello Contreras*, Causalidad, imputación y ciencia, en CPC (102) 2010; *el mismo*, Riesgo e Imputación: reflexiones en torno al pensamiento de Enrique Gimbernat Ordeig sobre la imputación objetiva, en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *De la Cuesta Aguado*, Tipicidad e imputación objetiva, 1996; *la misma*, Causalidad en los delitos contra el medio ambiente, 2ª ed, 1999; *Díaz Aranda / Cancio*, La imputación normativa del resultado a la conducta, Buenos Aires 2004; *Díaz Palos*, La causalidad material en el delito, 1954; *Díaz Pita*, Algunos aspectos sobre el dolo eventual. (Comentario a la STS 25 octubre 1991), AP 1995-2, pp. 809 ss.; *la misma*, ¿Qué queda de la causalidad?, RDPCr (4) 1999, pp. 505 ss.; *Diel*, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestansgrenze im Strafrecht, 1966; *Eber/Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, pp. 561 ss.; *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *Feijóo*, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo, CPC (65) 1998, pp. 269 ss.; *el mismo*, Actuación de la víctima e imputación objetiva. Comentario de la STS de 17 de septiembre de 1999, RDPCr (5) 2000, pp. 265 ss.; *el mismo*, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, 2007;

el mismo, Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial, en InDret 2/2009; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1989; *el mismo*, Selbstgefährdung im Strafrecht, NStZ 1992, 1, pp. 62 ss.; *el mismo*, Tipo penal e imputación objetiva, 1995; *el mismo*, La imputación objetiva: estado de la cuestión, (Robles Planas trad.), en Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, 21 ss.; *el mismo*, Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolges, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 214 ss.; *el mismo*, La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas, 2015; *Frisch/Puppe/Kindhäuser/ Grünwald/Paeffgen:* El error en el Derecho Penal, Buenos Aires, 1999; *Frisch/Robles*, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal, 2004 y 2ª ed., Buenos Aires 2006; *Gil Gil*, El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención, RDPCr (6) 2000, pp. 103 ss.; *Gimbernat*, Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad, 1966, reimpr. Buenos Aires 2007; *el mismo*, Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik (tesis), Hamburg, 1962; *el mismo*, La causalidad en Derecho penal, ADPCP 1962, pp. 543 ss.; *el mismo*, ¿Qué es la imputación objetiva?, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, X, pp. 167 ss.; *el mismo*, Causalidad, omisión e imprudencia, ADPCP, t. 47 (1994); *el mismo*, Imputación objetiva y conducta de la víctima, México 2007; *el mismo*, Fin de protección de la norma e imputación objetiva, ADPCP, 2008; *el mismo*, Atypische Kausalverläufe und objektive Zurechnung, en Festschrift für I. Roxin, 2012; *el mismo*, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassung, 2013; *Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.)*, Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994, pp. 65 ss.; *Glaser*, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858, reimpr. 1978; *Gmür*, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1970; *Gómez Benítez*, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, 1988; *Gómez Rivero*, La imputación de los resultados producidos a largo plazo, 1998; *la misma*, Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo, en RGDP (9) 2008; *Gracia*, Kritische Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung im Verbrechensaufbau aus historischer Sicht, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Greco*, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem" des Sonderwissens, ZStW (117), 2005; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, 2002; *el mismo*, Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung: eine Grundsatzkritik, en Kaufmann/Renzikowski (eds.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004; *Hardwig*, Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968, pp. 289 ss.; *Hart/Honoré*, Causation in the law, 1959, 2ª ed., 1985; *R. v. Hippel*, Gefahrurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; *Honig*, Kausalität und objektive Zurechnung, Festgabe für R. v. Frank, I, 1930, 179 ss.; *Hormazábal*, Imputación objetiva y principio de lesividad, LH Torío López, 2000, pp. 411 ss.; *Hruschka*, Imputación y Derecho penal, ed. a cargo de *Sánchez*-Ostiz, 2005; *Huerta Ferrer*, La relación de causalidad en la teoría del delito, 1948; *Huerta Tocildo*, La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial, en La Ley, 11 jul. 83, pp. 1 ss.; *Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, en Festschrift für H. Welzel, 1974, pp. 307 ss. (=el mismo, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 147 ss.); *el mismo*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 271 ss. (=el mismo, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 223 ss.); *el mismo*, Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal, trad. de Suárez/Cancio, ADPCP 1989, pp. 1051 ss. (=el mismo, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 271 ss.); *el mismo*, Representación del autor e imputación objetiva, trad. de Suárez, ADPCP, pp. 493 ss.; *el mismo*, La imputación objetiva en Derecho penal, trad. de Cancio, Bogotá, 1994 (= ed. española 1996); *el mismo*, Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso», «principio de confianza», en el mismo, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 209 ss.; *el mismo*, La prohibición de regreso..., en el mismo, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 241 ss.; *el mismo*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996; *el mismo*, Observaciones sobre la imputación objetiva, (Fakhouri Gómez trad.), RPJ (56) 1999, pp. 119 ss.; *Jiménez Villarejo*, Formas particulares del error de tipo, CDJ, Elementos subjetivos de los tipos penales, 1994, pp. 55 ss.; *Kahlo*, Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal, trad. de *Alcácer*, en Hefendehl (ed.), La teoría del bien jurídico…, 2007, pp. 53 ss.; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; *Armin Kaufmann*, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, pp. 569 ss.; *el mismo*, ¿«Atribución objetiva» en el delito doloso?, ADPCP 1985, pp. 807 ss.; *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, en Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 200 ss.; *Kindhäuser*, Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt, en Byrd/Joergen (eds.), Festschrift für Hruschka zum 70. Geburtstag, 2005;

el mismo, Imputación objetiva y subjetiva en delito doloso, en ADPCP, 2006; *el mismo*, Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, GA, 2007 (trad. al español en, El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva, en InDret 4/2008); *Köhler*, La imputación subjetiva: estado de la cuestión, (Sánchez Ostiz trad.), en Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 71 ss.; *v. Kries*, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; *Krümpelmann*, Über die zeitliche Struktur einiger Zurechnungsurteile, en Festschrift f. Triffterer, 1996, pp. 137 ss.; *Kudlich*, Objektives und subjektives Handlungsunrecht beim Vorsatzdelikt – zugleich Überlegungen zum Verhältnis zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsunrecht, en Festschrift für A. Benakis, 2008; *Lampe*, Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 189 ss.; *Lange*, Adäquanztheorie..., JZ 1976, pp. 198 ss.; *Larenz*, Hegels-Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung (tesis), Göttingen, 1927; *Larrauri*, Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva, ADPCP 1988, pp. 715 ss.; *Laurenzo*, Dolo y conocimiento, 1999; *la misma*, Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo, LH Torío López, 1999, pp. 423 ss.; *Ling*, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten, 1996; *Luzón Peña*, Causalidad e imputación objetiva..., Comentario a la STS 20 mayo 81, en Actualidad Jurídica, 1981 (VII), p. 82; *el mismo*, Derecho penal de la Circulación, 1985, 2ª ed., 1990; *el mismo*, Dolo y dolo eventual: reflexiones, en Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, CDJ 1999, pp. 117 ss.; *Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980; *el mismo*, Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, en Festschrift für Miyazawa, 1995, pp. 465 ss.; *Maqueda*, La relación dolo de peligro – dolo eventual de lesión. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 sobre el aceite de colza, ADPCP 1995, pp. 419 ss.; *Maraver*, Riesgo permitido por legitimación histórica, en El funcionalismo en Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. G. Jakobs, II, Bogotá 2003, pp. 209 ss.; *Martínez Escamilla*, La imputación objetiva del resultado, 1992; *Mayol*, Acciones defensivas de carácter autolesivo derivadas de un peligro generado por el autor. (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2000), AP 2001-1, pp. 47 ss.; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982; *el mismo*, La perspectiva ex ante en Derecho penal, ADPCP 1983, pp. 5 ss.; *el mismo*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988; *el mismo*, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, en Festschrift für Armin Kaufmann, 1989; *el mismo*, Conocimiento y voluntad en el dolo, en Elementos subjetivos de los tipos penales, CDJ 1994, pp. 11 ss.; *el mismo*, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en A.A.V.V., Modernas tendencias de la ciencia del derecho penal y en la criminología, 2001, pp. 389 ss.; *Miró Llinares*, Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005, en Miró (dir.)/Rodríguez Ferrández (coord.), ¿Casos difíciles o irresolubles?, 2010; *el mismo*, Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I) Tipo objetivo, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Modolell González*, Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva, Caracas, 2001; *Müssig*, Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización, en ADPCP, 2006; *Naucke*, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), pp. 409 ss.; *Otto*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, en Festschrift für R. Maurach, 1972, pp. 91 ss.; *el mismo*, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium... NJW, 1980, pp. 417 ss.; *el mismo*, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, Jura 1984, pp. 536 ss.; *Paredes*, «Riesgos normales» y «riesgos excepcionales», en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J. R. Casabó, 1997, pp. 561 ss.; *Pérez Alonso*, Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho penal, en CPC nº 93, 2007; *Pérez del Valle*, La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático?, ADPCP 1996, pp. 823 ss.; *Piña*, Rol social y sistema de imputación, 2005; *Polaino*, Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de manifestación a la luz del Código Penal de 1995, LH Torío López, 2000, pp. 879 ss.; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1993; *Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), pp. 863 ss.; *la misma*, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983), pp. 287 ss.; *la misma*, Causalidad, ADPCP, 1992, pp. 681 ss.; *la misma*, Vorsatz und Zurechnung, 1992; *la misma*, Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik, GA, 1994, pp. 297 ss.; *la misma*, Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad por el producto, en Mir/Luzón (eds.), Responsabilidad de las empresas..., 1996, pp. 215 ss.; *la misma*, La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales (García Cavero trad.), 2001; *la misma*, Vorsatz und Kausalabweichung Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 26.7.2007, GA, 2008; *la misma*, El resultado y su explicación causal en Derecho penal, en InDret 4/2008;

Queralt, El dolo y el conocimiento de la antijuricidad, en Elementos subjetivos de los tipos penales, CDJ 1994, pp. 39 ss.; *Ragués*, La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo. (Comentario a la STS de 24 noviembre de 1995), ADPCP 1996, pp. 795 ss.; *el mismo*, El dolo y su prueba en el proceso penal, 1999; *el mismo*, La ignorancia deliberada en Derecho penal, 2008; *Reyes Alvarado*, Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, ADPCP 1992, pp. 933 ss.; *el mismo*, Imputación objetiva, Bogotá, 1994; *el mismo*, Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung, en Festschrift für G. Jakobs, 2007; *Rodríguez Montañés*, Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados, RDPCr (nº extra) 2000, pp. 171 ss.; *Rodríguez Morales*, El tipo objetivo y su imputación jurídico-penal, Caracas 2005; *Romero*, CPC 19 (1983), pp. 157 ss.; *Roso*, Autoría mediata, imputación objetiva y autopuesta en peligro, RDPCr nº 12, 2003; *Roxin*, Problemas básicos del Derecho penal, trad. de Luzón Peña, 1976, pp. 128 ss.; *el mismo*, Finalität und objektive Zurechnung, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 237 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zum Regreßverbot, en Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 177 ss.; *el mismo*, Observaciones a la prohibición de regreso, en el mismo, Dogmática penal y Política criminal, Lima, 1998, pp. 45 ss.; *el mismo*, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, en Festschrift für M. Maiwald, 2010; *el mismo*, Probleme psychisch vermittelter Kausalität, en Festschrift für H. Achenbach, 2011; *el mismo*, Der Verunglückte und Unglück bewirkende Retter im Strafrecht, en Festschrift für I. Puppe, 2011; *el mismo*, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida, en InDret 1/2013; *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht: der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung, 2006; *Rudolphi*, Causalidad e imputación objetiva, 1988; *Rueda*, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, 2001; *la misma*, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP (9) 2002, pp. 122 ss.; *Sagrera i Saula*, Conducta de la víctima e imputación objetiva. Autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. Contribución al debate sobre la autorresoonbilidad en Derecho penal, en Libertas 2/2014; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *Sancinetti*, Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito, en InDret 3/2008; *Sánchez Lázaro*, Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado, en ADPCP 2005; *el mismo*, Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich, en GA 12/2005; *Sanz-Díez de Ulzurrun*, Dolo e imprudencia en el Código Penal español, 2007; *Schmidhäuser*, «Objektiver» und «subjektiver» Tatbestand: eine verfehlte Unterscheidung, en Festgabe für Schultz, 1977, pp. 61 ss.; *Schmoller*, Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf, Festschrift für Triffterer, 1996, pp. 223 ss.; *Schulz*, Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, en Festschrift für Lackner, 1987, pp. 39 ss.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen, 1986; *Schumann, H./Schumann, A*., Objektive Zurechung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?, en Festschrift für W. Küper zum 70. Geburtstag, 2007; *Schünemann*, Consideraciones sobre la imputación objetiva, en Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penal, nº 1 (2000), pp. 409 ss.; *Silva,* Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Spendel*, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte (tesis), Heidelberg, 1948; *Stree*, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, JuS 1985, pp. 179 ss.; *Struensee*, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 (1990), pp. 21 ss.; *Tarnowski*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie..., 1927; *Torío*, Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas, en Elementos subjetivos de los tipos penales, CDJ 1994, pp. 157 ss.; *el mismo*, Cursos causales no verificables en Derecho penal, en ADPCP 1983, pp. 221 ss.; *el mismo*, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en Fernández Albor (ed,), Estudios penales y criminológicos, X, 1987, pp. 383 ss.; *el mismo*, Relación causal. Indicaciones para una actualización, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J. R. Casabó, 1997, pp. 911 ss.; *el mismo*, Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización, RDP (1) 2000, pp. 13 ss.; *Vásquez Shimajuko*, La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la dimensión temporal de la imputación objetiva, 2013; *Volk*, Kausalität im Strafrecht, NStZ 1996, pp. 105 ss.; *Welder*, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977), pp. 113 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *el mismo*, Adäquanz und Relevanztheorie, GA 1977, pp. 257 ss.; *el mismo*, Objektiv zurechenbares Fehlverhalten und "vorhersehbarer Fehlgebrauch" Dritter im Kern- und Nebenstrafrecht, en Festschrift für F.Ch. Schroeder, 2006; *Zaczyc*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993.

(Ver además la bibliografía de la Lección 11.)

I. La parte objetiva del tipo doloso: relación de causalidad e imputación objetiva

1. *Planteamiento*

Aunque lo característico del tipo doloso es el dolo, que integra necesariamente su parte subjetiva, **conviene a efectos analíticos empezar por su parte objetiva**, puesto que ésta encierra el objeto que ha de ser abarcado por el dolo. Por otra parte, antes de preguntar si un hecho se ha realizado con dolo es preciso saber si efectivamente se ha realizado. **1**

Debe advertirse, no obstante, que **la distinción entre parte objetiva y parte subjetiva del tipo es relativa**. La parte objetiva del tipo depende de elementos subjetivos, como el conocimiento que tiene el sujeto de la situación —y, según nuestra opinión, de la intención manifestada del sujeto—. Podría cuestionarse, pues, la corrección de la distinción, tal vez reminiscencia a superar de la división causalista del delito en una parte objetiva y otra subjetiva. Si se mantiene, por razones pedagógicas, debe entenderse de forma flexible y a condición de que se advierta la interdependencia de lo objetivo y lo subjetivo.[1] **2**

La parte objetiva del tipo doloso se refiere al **aspecto externo** de la conducta requerida por el tipo doloso: p. ej., los actos externos necesarios para «matar» a otro. *Cada* tipo de delito doloso describe una conducta diferente, por lo que la precisa determinación de la parte objetiva de cada tipo corresponde a la Parte Especial del Derecho penal. Sin embargo, *todo* tipo doloso requiere ciertos requisitos mínimos en la conducta externa, que deben estudiarse en la **teoría general del tipo doloso** —y que en buena parte son comunes a todo tipo objetivo, también al de los delitos imprudentes—. Así, como se verá, para la tipicidad objetiva de una conducta no basta que la misma resulte *(ex post)* encajar en la descripción literal del tipo, sino que es preciso que *ex ante*, al irse realizando, fuese objetivamente *previsible* que daría lugar a la realización del tipo (la peligrosidad *ex ante* es necesaria para el injusto penal: cfr. *supra*, Lec. 6, IV 2 B). En los delitos de resultado —a diferencia de lo que ocurre en los delitos de mera actividad (pero ver *infra*, I, 4)— no es infrecuente que el resultado no fuera objetivamente previsible *ex ante* atendida la falta de peligrosidad objetiva de la conducta. Por otra parte, en estos delitos también puede ser dudoso si el resultado ha sido *causado* por la conducta peligrosa en condiciones en que pueda imputarse objetivamente a dicha conducta. Como elementos generales de la parte objetiva del tipo —exigibles no sólo para los tipos dolosos, sino también para los imprudentes, aunque tal vez con un contenido algo diferente— hay que señalar, por tanto: **3**

1º) Un hecho que encaje en la descripción literal del tipo *imputable* a una **conducta peligrosa *ex ante***. **4**

---

1. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1988, pp. 673 ss. Se adhiere expresamente a mi planteamiento Roxin, AT, § 10/53, notas 95 y 96.

5 2º) En los tipos que exigen la producción de un resultado separado, ello supone que exista una determinada **relación de imputación entre dicho resultado y la conducta peligrosa**.

6 Ambos requisitos se exigen para los tipos de resultado por la llamada **teoría de la imputación objetiva**[2] para la imputación jurídica de un hecho como realizador de la parte objetiva de un tipo de aquella clase. Como la doctrina más tradicional, esta teoría requiere en los delitos de acción —no en los delitos de comisión por omisión: ver Lección 12— que el resultado haya sido *causado* por la conducta **(relación de causalidad)**, pero añade, además, la exigencia de una determinada **relación de riesgo** entre el resultado y una conducta peligrosa. Ante un caso práctico la comprobación de si el hecho literalmente encajable en un tipo de resultado constituye efectivamente un delito de acción ha de empezar examinando la relación de causalidad, porque sin ella ya no es necesario efectuar la comprobación más compleja de la peligrosidad *ex ante* de la conducta ni de su relación de riesgo con el resultado. Por estas razones empezaremos el análisis de los elementos generales de la parte objetiva del tipo doloso de acción planteando la problemática del nexo causal. Pero ya desde un principio conviene tener en cuenta que la relación de causalidad no es el único elemento relevante para la imputación del hecho a la parte objetiva del tipo doloso.

7 *Ejemplo:* La calificación de homicidio depende de que el empujón que el sujeto activo dio al pasivo fuese la *causa* de la muerte de éste. Pero aunque se afirme la relación de causalidad, si el empellón es leve puede negarse la imputación objetiva por falta de un *riesgo suficiente* en la conducta que resulte adecuado a la gravedad del resultado (así, correctamente, la STS 20 de mayo de 1981). [3]

---

2. Cfr., por ejemplo, Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 101 ss.; el mismo, ¿Qué es la imputación objetiva?, pp. 184 s.; Roxin, Problemas, pp. 128 ss.; *el mismo*, AT, § 11/1 ss.; Rudolphi, en Rudolphi/Horn/Samson/ Schreiber, Systematischer Kommentar, Preámbulo al parágr. 1; Jescheck, Tratado y Adiciones de Derecho español, pp. 378 s.; Martínez Escamilla, Imputación, passim; Rodríguez Mourullo, PG, I, pp. 294 ss.; Luzón Peña, Actualidad Jurídica, 1981 (VII), p. 82; *el mismo*, Curso, pp. 357 ss., 373 ss.; Arroyo, La Protección penal de la seguridad en el trabajo, 1981, pp. 186 ss.; Huerta Tocildo, La Ley, 11 jul. 83, pp. 1 ss.; Romero, CPC, 1983, pp. 162 ss.; Torío, ADPCP 1986, pp. 33 s.; el mismo, Fin de protección, pp. 383 ss.; Bajo, Manual de Derecho penal, Parte Especial, Delitos contra las personas, 1986, pp. 13 s. Sin embargo, algunos de estos autores siguen situando el problema de la causalidad y la imputación objetiva del resultado en la categoría de la acción y no en el tipo (así primero Roxin, p. 144; pero ver ahora el mismo, AT, § 11/39 ss.), lo que no parece acertado. Por otra parte, la doctrina tradicional española se contentaba con la causalidad y no hablaba aún de la imputación objetiva: cfr. Cuello Calón, PG, pp. 352 ss.; Antón Oneca, PG, pp. 162 ss.; Córdoba Roda, Notas, I, pp. 237 s.; Sáinz Cantero, Lecciones, pp. 507 ss. El concepto de «imputación objetiva» procede de Larenz, Hegels-Zurechnungslehre (1927), y Honig, en Festgabe f. R. von Frank, t. I, Tübingen, 1930, pp. 179 ss.

3. Cfr. el comentario de Luzón Peña a esta sentencia, loc. cit., pp. 78 ss. La jurisprudencia posterior del TS ha confirmado esta línea en numerosas SS. Cfr. p. ej. SSTS 25 abr. 85, 11 febr. 87, 25 en. 91, 28 febr. 92, 20 febr. 93, 2 dic. 94, 27 jun. 95, 1611/2000 de 19 oct., 122/2002 de 1 febr., 1494/2003 de 10 nov., de 3 mar. 2005, 470/2005 de 14 abr., 1064/2005 de 20 sept., 1094/2005 de 26 set., STS 1253/2005 de 26 oct., 37/2006 de 25 en., 37/2006 de 25 en., 936/2006 de 10 oct. y 1026/2007 de 10 dic.

8 En los delitos de acción la relación de causalidad, es, pues, necesaria pero no suficiente para la imputación objetiva del resultado. En los delitos de comisión por omisión (cfr. Lección 12) la imputación objetiva no requiere una propia relación de causalidad, sino sólo que el sujeto no hubiese impedido el resultado cuando debió hacerlo en virtud de su posición de garante. La relación de causalidad ni es suficiente (en los delitos de acción) ni es siempre necesaria (en los delitos de omisión): lo único común a todo tipo de resultado es la necesidad de su imputación objetiva, de la cual la causalidad no es más que un momento parcial y contingente.[4]

9 Este planteamiento actual del problema contrasta con la concepción tradicional de la causalidad como elemento necesario y suficiente de todo delito de resultado. Así concebida, la causalidad se contemplaba como un elemento de la *acción*, previo al tipo.[5] Todo ello era manifestación de un enfoque naturalístico de la teoría del delito, que conducía en este punto a considerar el problema de la relación entre conducta y resultado como de naturaleza prejurídica y no valorativa. La moderna teoría de la imputación objetiva, que se ha ido imponiendo en la doctrina, reconoce, en cambio, correctamente, que sólo el tipo penal y la finalidad de la norma correspondiente pueden decidir qué clase de vinculación entre resultado y conducta debe requerirse para que sea relevante *para el Derecho penal*: esta cuestión jurídico-penal sólo puede resolverse desde el prisma normativo del Derecho penal, y no con la sola ayuda de una categoría ontológica y prejurídica como la de relación causal.[6] Como se ha visto, desde la STS 20 mayo 81 la jurisprudencia española acoge acertadamente este planteamiento (cfr. supra, nota 3).

2. *La causación del resultado típico: la relación de causalidad*

10 Diversas respuestas se han dado a la pregunta de cuándo una conducta es causa del resultado típico o, lo que es lo mismo, de cuándo existe **relación de causalidad** entre una conducta y un resultado:

11 A) La **teoría de la condición** o de la *«equivalencia de las condiciones»*, ideada por el procesalista Julius Glaser[7] y adoptada por el magistrado del Tribunal Supremo alemán del Reich von Buri,[8] sostiene que es causa de un resultado *toda* condición de la cual ha dependido su producción, con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia. Puesto que, según esto, toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, se habla de «equivalencia de las condiciones». La cuestión de cuándo una conducta ha sido condición del resultado se suele resolver mediante la ayuda de una fórmula heurística de carácter hipotético: la **fórmula de la *«condicio sine qua non»***. Según ella,

---

4. Cfr. Jescheck, Tratado, I, p. 379.
5. Vid. la doctrina tradicional española cit. en nota 2.
6. Cfr. Honig, loc. cit., en nota 1; Jeschek, Tratado, I, p. 379, quien, sin embargo, señala que «en todos los casos corrientes que ofrece la práctica de cada día es necesario y suficiente para la imputación objetiva del resultado típico que el mismo haya sido causado por el autor».
7. J. Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Viena, 1858. (Reimpresión de Scientia Verlag Aalen, 1978.)
8. M. von Buri, Über Causalität und deren Verantwortung, 1873.

puede considerarse que una conducta ha condicionado causalmente un resultado cuando, suprimiendo mentalmente aquella conducta —es decir, imaginando la hipótesis de que no se hubiera efectuado—, desaparecería también el resultado (condición *sin la cual no* se habría producido el resultado).

12 El postulado central de la teoría de la condición, según el cual toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, conduce ciertamente a una *determinación amplísima de la causalidad* que tiende al infinito. Así, la concepción del asesino por su madre fue condición de que éste pudiese matar a su víctima y, por tanto, de la muerte de ésta —y lo mismo podría decirse de todos sus antepasados—. De ahí que, aunque la teoría de la condición fue la dominante en el Tribunal Supremo del Reich alemán, durante un tiempo se pensó que era necesario un concepto de causalidad más restringido. Hoy acepta la doctrina dominante que *en el plano de la causalidad es correcta* la teoría de la equivalencia y que su limitación debe buscarse exigiendo *además* de la relación causal la imputación objetiva.[9] Más adelante desarrollaremos este planteamiento. En cambio, debe reconocerse que, si bien es acertado el concepto de causa de la teoría de la condición, la fórmula hipotética de la *condicio sine qua non*, mediante la cual suele ponerse a prueba el carácter de condición de la conducta, encuentra dificultades en ciertos casos. Veámoslos.

13 a) La fórmula hipotético-negativa de la *condicio sine qua non* no sirve cuando se desconoce la virtualidad que pudo tener la supuesta condición **(se desconoce si fue condición del resultado)**. *Ejemplo:* si se desconoce el efecto de la talidomida en el feto, no se podrá saber qué hubiese sucedido de no haberse tomado. En este sentido, se acusa a la fórmula hipotética de *petición de principio* que presupone el conocimiento de la eficacia causal de la supuesta condición.

14 b) El carácter hipotético de la fórmula puede conducir a negar la causalidad en supuestos en que sin duda concurre. Así:

15 1º) Cuando el resultado *causado* se hubiera producido *igual y en el mismo momento* por otra causa (procesos de **causalidad hipotética**).[10] *Ejemplo:* A echa veneno en el café que ha de beber B a la mañana siguiente; pero es observado por C, que quería matar a B y hubiese echado el mismo veneno en el mismo café si no hubiese visto hacerlo a A.

16 Para que fracase la fórmula de la *condicio sine qua non* no basta que, a no ser por la conducta que ha causado el resultado, éste se hubiera producido también pero en un momento

9. Cfr., con referencias bibliográficas, Gómez Benítez, Causalidad, pp. 16 s.; Roxin, AT § 11/10. Vid. también las SSTS 1671/2002 de 16 oct., 1494/2003 de 10 nov., de 3 mar. 2005, 1064/2005 de 20 set., 936/2006 de 10 oct. y 1026/2007 de 10 dic.

10. Vid. Samson, Hypothetische Kausalverläufe, 1972.

algo distinto —aunque sea sólo con diferencia de segundos— o de otro modo, porque siendo así, ya no podría decirse que sin la conducta que dio lugar al resultado éste se habría producido *igual*, en su *concreta configuración*.[11] Ahora bien, la concreción del resultado no puede llegar hasta el punto de incluir la determinación del sujeto activo. Ciertamente, si se incluyera este elemento, nunca podría decirse —ni siquiera en el ejemplo propuesto del veneno— que suprimiendo la conducta ocasionante del resultado subsistiría éste, puesto que nunca sería el resultado producido por el mismo sujeto. Ahora bien, por una parte, la determinación del sujeto activo sólo puede condicionar la conducta, pero no necesariamente el resultado en sí mismo, separado de ella —así, en el ejemplo propuesto la sustitución del envenenador no hubiese afectado a la forma de la muerte—; y, por otra parte, si introdujéramos la determinación del sujeto activo, la fórmula de la *condicio sine qua non* daría lugar a una petición de principio evidente: con ella preguntaríamos si eliminando la acción del sujeto A desaparecería la muerte producida por él, lo que presupondría saber qué la ha causado, que es precisamente lo que se trata de averiguar.

17 2º) Cuando el resultado fue causado por dos o más condiciones cada una de las cuales *resultó suficiente por sí sola* para producirlo **(causalidad cumulativa)**. Se propone como ejemplo académico la muerte de César por 23 puñaladas. En estos casos, aunque se eliminara cada una de las condiciones por separado, subsistirían las demás por sí solas eficaces para producir el resultado. Ahora bien, hay que suponer que la supresión de cada condición no sólo no eliminaría el resultado, sino tampoco el concreto momento y la forma exacta en que tuvo lugar: éste no sería el caso si —como es fácil que ocurra— la supresión de una de las condiciones concurrentes hubiera retrasado algo la muerte o hecho que ésta se produjera en forma algo distinta.

18 *Ad* 1º) Para permitir seguir utilizando la fórmula de la *condicio sine qua non* en los casos de cursos causales hipotéticos, se ha propuesto entender la fórmula en el sentido siguiente: ¿se habría producido igual el resultado, atendiendo sólo a los *hechos realmente producidos* y prescindiendo de los factores que no han llegado a operar, si no se hubiera realizado la conducta examinada? Cabría así descartar los cursos causales hipotéticos y afirmar en el ejemplo propuesto en 1º) la causalidad.[12] Esta interpretación de la fórmula de la *condicio sine qua non* podría alegar a su favor que se trata de comprobar la eficacia de una conducta en el contexto de un conjunto de factores realmente acaecidos (se trataría de saber si, tal como se desarrollaron efectivamente los hechos, la conducta contemplada fue necesaria o no para ocasionar el resultado). Sin embargo, ello contradiría el carácter hipotético de la fórmula de la *condicio sine qua non*, que conduce precisamente a preguntar qué habría ocurrido si las cosas hubieran sido distintas a como fueron y, concretamente, si no se hubiese realizado la conducta analizada. Pues bien, lo que es evidente es que, en el caso del veneno antes referido,

---

11. No se trata de exigir una concreta y total igualdad entre la conducta verificada y la imaginada hipotéticamente como sustitutiva, cosa que ciertamente supondría un círculo vicioso que llevaría a afirmar el carácter causal de la conducta realizada por ser la realizada (sobre esto último cfr. K. Engisch, Die Kausalität,p. 16), sino de requerir una completa igualdad entre el resultado producido y el que tendría lugar sin la conducta realizada, igualdad que no supone necesariamente exacta coincidencia entre las conductas que pueden ocasionarlo.

12. Así Spendet, Die Kausalitätsformel, p. 38; Welzel, Lb, p. 44; Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 119 s.; Cerezo, PG, II, 6ª ed., pp. 56 s.; Luzón, Curso, pp. 371 s.

si preguntamos qué habría sucedido si la conducta de A no se hubiera realizado, la respuesta ha de ser que C habría actuado y ocasionado el mismo resultado.

19 La única forma que se me alcanza de evitar el fracaso de la fórmula de la *condicio sine qua non* en los casos de **causalidad hipotética** sería la de preguntar si el resultado subsistiría en caso de que no se hubiera producido una conducta *como* la efectuada —suprimiendo mentalmente no la acción concreta, sino la *clase de acción* a que pertenece: en nuestro ejemplo, echar un determinado veneno en un determinado café que ha de ser bebido en un determinado momento—.[13]

20 Ahora bien, ¿qué criterio ha de guiar la selección de las notas que permiten considerar a una acción como de la misma clase que otra a los efectos que aquí importan? Habrá que hacer abstracción de las características que de antemano aparezcan como irrelevantes en orden a su posible virtualidad causal —así, en el ejemplo del veneno, es irrelevante que éste se vierta más o menos despacio, como lo es el hecho de que se haga momentos antes o después, con tal de que sea con anterioridad al instante en que deba servirse el café—. Para considerar a varias acciones como de la misma clase tendremos que encontrar que tengan en común la posibilidad de producir el mismo resultado —en el caso examinado, todas las acciones consistentes en verter el mismo veneno en el café serán equivalentes porque pueden causar el mismo resultado—. ¿No plantea ello una petición de principio, en el sentido de que suponga condicionar la identificación de la clase de conducta por la que hay que preguntar en orden a su causalidad a las notas que ya sabemos que son causales? No, ya que no partimos de las notas que sabemos *ex post* que han hecho causal a la conducta, sino de las que *ex ante*, según nuestra experiencia anterior, pensamos que pueden causar el resultado. *Ex post* puede que no resulte así. Por ejemplo, puede ocurrir que el que se bebe el café envenenado muera de un fallo cardíaco antes de que el veneno pudiera actuar. Seguiría teniendo sentido preguntar si el resultado se hubiera producido igual de no haberse realizado una conducta como la de echar veneno, que *ex ante* parecía capaz de causar el resultado. Y la respuesta —negativa en esta variante del caso— valdría para toda acción que *ex ante* tuviera la misma virtualidad causal y, por tanto, también para todos los cursos causales hipotéticos alternativos.

21 La interpretación propuesta de la fórmula de la *condicio sine qua non* no hace sino destacar de forma especialmente evidente una limitación inherente a esta fórmula, que se manifiesta igualmente cuando se desconoce la virtualidad causal de una acción (los casos mencionados supra, en a). Sólo tendrá sentido preguntar con relación a una determinada conducta qué hubiera ocurrido si no se hubiera producido, cuando previamente creemos que dicha conducta posee virtualidad causal suficiente. A nadie se le ocurrirá aplicar la fórmula de la *condicio sine qua non* respecto a acciones que desde un principio se muestran incapaces de condicionar el resultado: nadie utilizará la fórmula para averiguar que el espectador que se limita a contemplar cómo alguien dispara sobre otro que cae muerto no es causa de esta muerte. Como el número de hechos anteriores al resultado es ilimitado, la fórmula sólo es útil respecto a aquellas conductas que previamente puedan suponerse hipotéticamente causales.

---

13. A un resultado parecido conduce la propuesta de Puppe, ADPCP 1992, pp. 691 s., de renunciar a exigir para la causalidad una condición *necesaria* y conformarse con requerir que sea un «componente necesario de una condición *suficiente* del resultado según las leyes de la Naturaleza». Ninguna conducta concreta perteneciente a la *clase* de las que son necesarias para explicar el resultado es ella misma necesaria, pero sí suficiente para el mismo.

La fórmula de la *condicio sine qua non* presupone, pues, el conocimiento previo de la capacidad causal de una acción o de otras similares.

22 De ahí que un sector doctrinal, encabezado por Engisch,[14] proponga sustituir la fórmula de la *condicio sine qua non* por la denominada de la **«condición ajustada a las leyes de la naturaleza»**. Esta fórmula prescinde de un juicio hipotético sobre lo que habría ocurrido si las cosas se hubieran producido de otro modo y se limita a preguntar si el resultado se halla unido a la acción como efecto de ésta con arreglo a las leyes de la naturaleza. Tal cuestión debe decidirla el experto a la vista de los conocimientos científicos acerca de las relaciones causales que se producen en el mundo. P. ej.: es el médico forense el que debe decidir si la bala afectó a un órgano vital y produjo la muerte, pues la Medicina nos dice que una bala que afecte plenamente a un órgano vital, como el corazón, determina la muerte. Esta teoría acierta al señalar el *punto de partida* necesario para cualquier situación acerca de la virtualidad causal de una conducta. Como hemos visto, la fórmula de la *condicio sine qua non* presupone un conocimiento previo de las leyes que rigen los distintos factores en juego.[15] También es cierto que en los casos más simples —los más frecuentes— basta con este conocimiento y no es precisa la ayuda de ninguna fórmula lógica como la de la *condicio sine qua non*. Es lo que sucede respecto a factores inmediatamente precedentes al resultado y sin duda capaces, según nuestros conocimientos, de producirlo. Ejemplo: alguien dispara a bocajarro en la sien de otro, que muere instantáneamente.

23 Mas ello no significa que la fórmula de la *condicio sine qua non* encierre una petición de principio y sea innecesaria. Las leyes de la naturaleza nos informarán acerca de los hechos directamente vinculados al resultado (el cuchillo que atraviesa el corazón es causa de la muerte) y de las causas inmediatas de aquéllos, pero no responderán a la cuestión de si deben considerarse causas del resultado todos estos factores condicionantes o sólo algunos. *La teoría de la equivalencia ofrece el concepto lógico de causa* que permite considerar tal a toda condición, por remota o poco importante que sea. La fórmula de la *condicio sine qua non* sirve para aclarar que el concepto de condición abarca a todo factor causal que no pudiera eliminarse sin suprimir el resultado. Para decidir cuándo ocurrirá esto último es para lo que es preciso el conocimiento de las leyes de la naturaleza. Este conocimiento no basta, pues, por sí solo, sino como medio auxiliar para llenar de contenido el concepto de causa que ofrece la teoría de la equivalencia y que permite comprobar la fórmula lógica de la *condicio sine qua non*.

24 *Ejemplos:* Si alguien toma dos tazas de té envenenadas cada una de ellas por separado y muere a continuación, cabe pensar que ambas tazas hayan influido en la muerte; pero imaginemos que en la segunda taza se contiene un veneno más eficaz que adelanta la muerte a un momento en que el veneno de la primera taza no hubiera desplegado aún todo su efecto mortal (supuesto conocido con el nombre de **«causalidad adelantada»**). Es evidente que el segundo veneno es causa del resultado, aunque el primer veneno hubiera empezado ya a actuar. Más problemática podrá ser la consideración del

14. Cfr. Engisch, Die Kausalität..., pp. 21, 25 y ss. Le siguen Arth. Kaufmann, Hardwig, Noll, Schönke/Schröder/Lenckner, Rudolphi, Samson: cfr., en el mismo sentido, Jescheck, Tratado, cit., I, p. 385. En España, Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 122 s.; Arroyo, op. cit., p. 190; Rodríguez Devesa, PG, cit, p. 362; Gómez Benítez, Causalidad, pp. 28 s.

15. Sobre el grado necesario de dicho conocimiento de las leyes causales generales, no siempre completo, y sobre los problemas que ello supone para la prueba de la causalidad cfr. Gómez Benítez, Causalidad, pp. 28 ss.

primer veneno. Si partiéramos de un concepto lógico de causa limitado al factor decisivo, cabría negar la causalidad del primer veneno. En cambio, si se parte del concepto de causa como condición del resultado, la solución dependerá de si, en caso de no haber concurrido, la muerte se hubiera producido igual —en el mismo momento y de la misma forma— por efecto del segundo. Aquí será útil la fórmula de la *condicio sine qua non*.

25 En la práctica, la fórmula de la *condicio sine qua non* es útil, sobre todo, para decidir si es causa de un resultado una conducta que no se halle en conexión inmediata con él, sino con el hecho que constituye la causa inmediata del mismo. Ejemplo: ¿es el accidente primero causa de la muerte del herido en accidente de la ambulancia que lo trasladaba? (cursos causales indirectos o mediatos).[16] Para decidir que el accidente de la ambulancia es la causa de la muerte no es precisa la fórmula de la *condicio sine qua non*, como tampoco lo es para determinar que el primer accidente causó las lesiones que sufría el herido durante su traslado; más discutible sería, en cambio, si por el hecho de ser el primer accidente causa del traslado del herido debe considerarse causa del accidente sufrido por la ambulancia. Y, sin embargo, la fórmula de la *condicio sine qua non* resuelve inequívocamente la cuestión en sentido afirmativo. Aquí la fórmula estudiada cumple una función parecida a la máxima que utiliza el Tribunal Supremo español, según la cual «quien es causa de la causa es causa del mal causado» *(qui est causa causae est causa causati)*.[17]

26 Así, la STS 17 sept. 82, en un caso en que una muchacha estudiante mató a su compañero al disparar un arma de caza que un tercer compañero le había dicho que estaba descargada, afirmó la relación de causalidad entre la conducta del último y la muerte del segundo. En la STS 21 nov. 80 se admite también la relación de causalidad entre la conducción imprudente que dio lugar a un primer accidente y el resultado lesivo que causa otro vehículo, también conducido imprudentemente, al encontrarse con el primero. En cambio —y ello demuestra que la cuestión no es elemental y puede requerir del auxilio de una fórmula como la de la *condicio sine qua non*—, la STS 16 junio 77 había negado la relación de causalidad en un caso estructuralmente análogo de dos accidentes, sin el primero de los cuales no se habría producido el segundo.

27 *Ad* 2º) Más difícil es decidir si la fórmula de la *condicio sine qua non* fracasa o no en los casos de **causalidad cumulativa**. Si realmente se diera el caso teórico de concurrencia de varias acciones todas ellas productoras por separado de un mismo resultado que se originaría aun mediando una sola, fallaría la fórmula de la *condicio sine qua non*. Es difícil, sin embargo, imaginar que ello pueda llegar a ocurrir. Normalmente la pluralidad de acciones modificará el resultado, ya sea por adelantarlo al suponer una mayor intensidad del ataque, ya sea, sencillamente, porque va a cambiar la forma concreta de aparición del resultado.

---

16. De acuerdo Luzón, Curso, p. 372.

17. Sobre este principio y el también utilizado por el Tribunal Supremo español, según el cual «el delincuente responde de sus actos y de todas sus consecuencias» (SS. 3 junio 1878 y 13 marzo 1934), cfr.: Antón Oneca, PG, p. 164; Cuello Calón, PG, pp. 354 ss., 343 s.; Rodríguez Mourullo, PG, p. 303; Rodríguez Devesa, PG, pp. 366 ss.; Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 10 ss.; Luzón Domingo, Doctrina penal del Tribunal Supremo, I, Barcelona, 1964, p. 53; Cerezo, PG, II, 6ª ed., pp. 58 s. Más recientemente STS 6 jun. 94.

28 Así, 23 puñaladas mortales causarán una muerte más rápida que una sola, si todas ellas llegan a desplegar su efecto mortal como se requiere en los casos de causalidad cumulativa; en todo caso el forense deberá diagnosticar la muerte diferente si tiene lugar por 23 puñaladas eficaces que por una sola. Lo mismo sucederá siempre que las distintas acciones supongan, por ejemplo, ataques físicamente distintos que afecten a puntos diferentes, siquiera muy próximos, del cuerpo. Más problemático será el supuesto de mezcla de sustancias químicas que sean suministradas juntas por idéntica vía. Mas aunque aquí cada cantidad de sustancia a examinar sea de suyo suficiente para causar la muerte, al mezclarse o bien aumentará el efecto conjunto y se adelantará el resultado, o bien éste tendrá lugar al mismo tiempo pero por obra de la mezcla, lo que determinará que de cada dosis mortal sobre como excedente innecesario la cantidad que aporten las demás dosis a la mezcla que resulte mortal. Así, por ejemplo, si a una cantidad de aire comprimido suficiente para producir la muerte mediante su inyección alguien añade otra cantidad de aire también suficiente, cuando se inyecte el aire la muerte se producirá en el mismo momento, pero por obra de la mezcla del aire, lo que hará que sobre la mitad de cada dosis. Dejaría entonces de darse la situación teórica de la causalidad cumulativa, porque ninguna de ambas acciones habría causado por sí sola la muerte, sino que cada una de ellas habría aportado sólo la mitad de la dosis mortal. Siendo así, la fórmula de la *condicio sine qua non* no fracasaría, puesto que sin ambas acciones la muerte no se habría producido por el mismo aire. En los demás casos anteriores es aún más evidente que no falla la fórmula de la *condicio sine qua non*.

29 Si, pese a todo, llega a producirse una verdadera situación de «causalidad cumulativa» en que, aun suprimiendo alternativamente cada uno de los factores, el resultado se hubiera producido exactamente igual, habría que modificar la fórmula de la *condicio sine qua non* en los términos siguientes: cuando varios factores pueden suprimirse mentalmente en forma alternativa pero no acumulativa, sin que resulte afectado el resultado, todas ellas son causa del mismo.[18]

30 Esta formulación no será aplicable en la práctica cuando no pueda saberse con seguridad si la ausencia de cada uno de los factores concurrentes hubiera modificado el resultado de alguna forma. Considérese el siguiente caso tomado de uno parecido de la jurisprudencia norteamericana: sin previo acuerdo, dos motoristas adelantan, por ambos lados y simultáneamente, a un jinete que, a consecuencia de ello, cae del caballo; aunque se llegue a probar que el jinete hubiera caído también aunque sólo hubiera sido adelantado por cualquiera de ambos motoristas por sí solo, será muy difícil saber si en tal caso hubiera caído de idéntica forma.

31 **En conclusión:** sobre la base del *concepto de causa que ofrece la teoría de la equivalencia de las condiciones*, la causalidad puede comprobarse partiendo del *conocimiento de las leyes de la naturaleza*, lo que bastará en los casos más simples, y utilizando la fórmula de la *condicio sine qua non* cuando haya que analizar varios factores que según aquellas leyes puedan influir en el resultado y en los casos de causalidad indirecta o mediata, en los que se interpone algún factor causal entre el resultado y la conducta examinada. En los casos más problemáticos de cursos causales hipotéticos la fórmula de la *condicio sine qua non* puede

18. Así Tarnowski (1927): cfr., en el mismo sentido, Welzel, Lb, cit., p. 45; Jescheck, Tratado, I, p. 384; Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 55.

manejarse con éxito si se pregunta qué hubiera ocurrido de no haberse realizado una conducta como la efectuada, según su virtualidad causal *ex ante*; en cuanto a los supuestos de causalidad cumulativa es muy problemático que puedan producirse en la práctica y no modifiquen las condiciones de aparición del resultado, única cosa que obligaría a modificar la fórmula de la *condicio sine qua non* en los términos antes expresados.

32 B) La teoría de la equivalencia de las condiciones, ya sea auxiliada por la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza, ya lo sea por la de la *condicio sine qua non*, **considera causales muchas conductas a las cuales no cabe imputar el resultado**. Ésta es la objeción clásica de esta teoría: que extiende demasiado la noción de causa. Ejemplos: el sobrino hace subir frecuentemente a su tío rico en avión, para conseguir que muera en accidente y poder heredar de él, y así sucede; A golpea a B, quien al ser trasladado al dispensario sufre un accidente que determina su muerte. En ambos ejemplos, las conductas (del sobrino y de A) son causa de la muerte, según la fórmula de la *condicio sine qua non*, porque sin ellas no se habría producido. Y, sin embargo, socialmente no será posible decir que las conductas expresadas puedan determinar la imputación de un homicidio: nadie puede pensar que el sobrino o A han «matado» en el sentido del art. 138 CP.

33 Los efectos de la considerable extensión del concepto de causa de la teoría de la condición pueden evitarse en muchos casos mediante la exigencia de dolo o imprudencia. Así, si el sobrino no hubiese querido producir la muerte de su tío, aun afirmada la relación de causalidad, procedería la impunidad por falta de dolo o imprudencia (ya que en principio no es imprudente hacer subir a un avión). Pero, si no se limitan de otro modo sus efectos, la admisión de la causalidad podrá llevar a la imposición de una pena cuando el agente persiga la producción del resultado típico (actúa *dolosamente*).[19]

34 Cuando el autor actúa con la intención de provocar el resultado típico, si el tipo objetivo se entiende realizado por toda condición del mismo, la afirmación de la causalidad puede conducir de modo inevitable a tener que castigarlo por delito doloso. Así, la aplicación de la teoría de la condición podría obligar a castigarlo por asesinato doloso, pues el hacer subir al avión sería causa de la muerte

19. Algunos autores (como Armin Kaufmann, ADPCP 1985, pp. 821 s., siguiendo a Welzel y Engisch) creen que en casos como el del texto faltaría ya el dolo y ello permitiría afirmar la impunidad sin necesidad de restringir la causalidad: faltaría el dolo porque en tales casos el sujeto sólo puede «desear» o «esperar» el resultado. Pero tiene razón Roxin, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, pp. 240 s., cuando replica que si el dolo falta es únicamente porque falta su objeto, la parte objetiva del tipo, lo cual presupone que no basta para el mismo la mera causación del resultado. Si ésta bastara, habría que afirmar el dolo. El dolo no puede, pues, sustituir la necesaria restricción previa del tipo objetivo que postula la moderna teoría de la imputación objetiva (infra 3). Así Roxin, op. cit., p. 247.

(tipo objetivo) y ésta habría sido querida por el autor (tipo subjetivo). Esta consecuencia es inadmisible.

35 C) **Para restringir** los resultados de la teoría de la equivalencia de las condiciones hay dos posibilidades: o bien rechazar el concepto de causa de la teoría de la condición y mantener otra concepción más restringida de la causalidad, o bien aceptar el concepto de causa de la teoría de la condición pero considerando insuficiente la relación de causalidad para permitir la imputación objetiva del resultado. El primero ha sido el camino tradicional. Mas por dicha vía la doctrina formuló una teoría, llamada *de la adecuación*, que, pese a presentarse originariamente como una teoría de la causalidad, hoy se admite como una doctrina que no afecta al concepto de causa, sino que debe operar después de constatada la causalidad, para seguir comprobando la imputación objetiva del resultado. Sobre esta base se ha elaborado la actual teoría de la imputación objetiva.

36 a) Las **teorías individualizadoras de la causalidad** constituyen una primera vía que siguió la doctrina durante un tiempo para delimitar el concepto de causa pero que hoy se halla abandonada por la ciencia jurídico-penal. Mientras que la teoría de la condición sostiene que toda condición es causa, este grupo de teorías parte de la distinción de los conceptos de causa y condición. Para ellas no toda *condición* del resultado puede considerarse *causa* del mismo, sino sólo aquella condición que se distingue por poseer una *mayor eficacia causal* que las demás. Se habla en este contexto de **«causa eficiente»**, y se busca el criterio que convierte a una condición en causa por distintas vías: atendiendo al «factor decisivo» (Binding), a la «condición más eficaz» (Birkmeyer), a la «última condición» (Ortman), etc.[20]

37 Todas ellas tropiezan con un obstáculo insalvable: la mayor o menor «eficacia» o «preponderancia» causal de una condición constituye una cuestión *físico-naturalística* que no puede decidir la responsabilidad *jurídico-penal*;[21] y, viceversa, la valoración de una conducta desde el prisma que puede importar al Derecho penal no debe interferir en la cuestión ontológica de si un hecho debe su existencia a otro que constituye causa del primero. De hecho, al excluir condiciones del resultado en base sólo a una pretendida insuficiente influencia causal de las mismas, *las teorías individualizadoras restringían demasiado* la esfera de las conductas causales, de modo que impedían fundamentar la responsabilidad penal en casos en que lo imponen las exigencias del Derecho penal.

---

20. Vid. la exposición de estas teorías en: Maurach, Tratado, I, pp. 234 s.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 2ª ed., 1972, p. 215. Sobre el manejo del concepto de «causa eficiente» en España (cfr. Cerezo, PG, II, 6ª ed., pp. 61 ss. críticamente).

21. Cfr. en este sentido Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 94 s.; Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 64.

38 *Ejemplo:* Una misma conducta objetiva de servir un café envenenado puede verse como la realización del hecho típico del asesinato doloso, si se efectúa a conciencia de su significado, o como la de un instrumento que actúa atípicamente en manos de un autor mediato, si éste vertió el veneno sin que el que sirve la bebida lo advierta. Desde el prisma puramente ontológico de los factores causales la «eficacia» de la conducta de servir el café es en ambos casos la misma —puede verse como «decisiva» y propia del «factor último»—, mientras que para el Derecho penal en el segundo caso debe dejar paso a la conducta del autor mediato, único al que puede imputarse el hecho típico. Si adoptásemos el criterio de la eficacia causal-naturalística no podría considerarse en este caso como causa al autor mediato. Siendo, además, atípico el hecho del instrumento, no podría tampoco considerarse a aquél como inductor (en virtud del principio de accesoriedad de la participación no cabe ésta en un hecho atípico).

39 Ello explica que en la actualidad estas teorías se hallen abandonadas por la ciencia. No obstante, **el TS ha acudido a puntos de vista próximos**. Así, exige a menudo la «causalidad eficiente» (STS 1141/03, de 16 sep., SAP Madrid, 4ª, 340/07, de 15 oct.).[22] En este contexto debe situarse la doctrina jurisprudencial de la **interrupción del nexo causal** en caso de interferencia de algún «accidente extraño» (SAP Madrid, 2ª, 36/07, de 12 feb.).[23] Tal interrupción no se afirma en base a factores preexistentes o concomitantes (como la constitución física del herido), sino sólo generalmente por la concurrencia de una *actuación posterior* de otra persona, sea la víctima o un tercero, actuación que en principio se requiere que sea *dolosa* (así SS. 4 febr. 58 y 8 febr. 64), pero que en ocasiones se admite que sea *imprudente* (así SS. 28 en. 53, 16 jun. 77; 15 dic. 78).[24] En alguna Sentencia, sin embargo, no se ha admitido interrupción del nexo causal y se ha calificado por imprudencia pese a haberse producido el resultado dolosamente por unos terroristas (STS 29 en. 83: caso Vinader), o, por imprudencia médica posterior (STS 19 mayo 94).[25] Lo decisivo sería, entonces, si la conducta del tercero, dolosa o imprudente, puede considerarse un «accidente extraño» o era previsible (STS 13 oct. 93).

40 Esta doctrina de la interrupción del nexo causal no puede admitirse desde el punto de vista aquí acogido y hoy dominante de la teoría de la equivalencia de las condiciones,[26] ni es tampoco coherente con el axioma constantemente

22. Otras referencias de la jurisprudencia clásica del Tribunal Supremo en esta línea son, por ejemplo, «causa principal» (S. 17 febr. 69) o «causa primera y eficiente» con «relevancia y poderío mayor» (S. 16 junio 82).

23. Acogida por la jurisprudència clásica del Tribunal Supremo, por ejemplo en sus sentencias 15 enero 66, 20 mar. 68 y 16 jun. 77.

24. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, cit., I, p. 15; Antón Oneca, PG, p. 166; Rodríguez Mourullo, PG, pp. 304 s.; Cuello Calón, PG, pp. 344 s.; Rodríguez Devesa, PG, p. 368; Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 59.

25. Ver el comentario a esta sentencia de Bolea, ADPCP 1994, pp. 375 ss.

26. Críticamente, Gimbernat, Delitos cualificados, cit., pp. 89 ss.; Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 60. Correctamente la STS 1 jul. 91.

repetido por la jurisprudencia española de «quien es causa de la causa es causa del mal causado». Sin embargo, es correcto que en ciertos casos determinadas interferencias deben excluir la imputación objetiva (no el nexo causal): así, correctamente, la STS 17 en. 2001 (cfr. infra, 3 B).

b) La doctrina dominante prefiere la limitación que permite la **teoría de la adecuación** (o de la *condición adecuada*). **41**

Formulada por un médico no jurista, von Kries, a fines del siglo XIX,[27] se presentó como una teoría de la causalidad y así ha seguido entendiéndose por un sector doctrinal,[28] pero en la actualidad se impone la idea correcta de que en realidad constituye un límite de la imputación objetiva que no afecta a la causalidad.[29] Se distingue, en todo caso, de las teorías individualizadoras en que no persigue seleccionar de entre las condiciones del resultado aquélla que ha resultado más eficaz o decisiva causalmente —lo que exige una *comparación* de las diversas condiciones y conduce a elegir estableciendo una *jerarquía* según el grado de su influencia causal—, sino que analiza cada condición en sí misma y con independencia de su peso comparativo en el conjunto de factores en juego. Por otra parte, atiende a un aspecto de la conducta que importa desde el prisma del Derecho y no sólo desde el de su eficacia causal: pregunta si en el momento de realizarse *podría preverse* de algún modo que causaría el resultado, lo cual importará a un Derecho penal protector de bienes jurídicos en el sentido de que éste sólo puede pretender prohibir las acciones que en el momento de realizarse aparezcan como peligrosas para aquellos bienes.[30] **42**

La teoría se concreta diciendo que sólo deberán tomarse en consideración aquellas condiciones que, *para el espectador objetivo y prudente* retrotraído al momento de la acción (*ex ante*), con todos los *conocimientos de la situación de que disponía el autor al actuar, además de aquéllos que hubiera tenido el observador,* (pronóstico posterior objetivo) apareciesen como adecuadas para producir el resultado. No lo serán cuando apareciese como *muy improbable* que produjesen el resultado[31] y no pudiese *contarse con* su causación.[32] Lo previsible debe ser el *concreto* resultado, con sus circunstancias esenciales. **43**

Esta teoría permite resolver acertadamente casos, como los propuestos más arriba, en que la teoría de la equivalencia lleva demasiado lejos. Así, no aparecerá como adecuado para producir la muerte de B, que A le propine unos golpes leves, ni que le lesione con ánimo de matarlo si no obstante encuentra la muerte por una vía tan distinta como la de un accidente de la ambulancia que lo trasladaba al hospital. Tampoco será adecuada **44**

27. J. von Kries, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, II, 1886.

28. En España: Antón Oneca, PG, p. 167; Cuello Calón, PG, pp. 354 ss. En Alemania, Maurach, Tratado, I, pp. 235 ss.

29. Por todos cfr.: Jescheck, Tratado, I, p. 388; Roxin, Problemas..., pp. 131 s.

30. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 64 s.; Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 103, 151 ss.

31. Así Engisch, Die Kausalität, p. 46; Jescheck, Tratado, I, 388.

32. Así Maurach, Tratado, I, p. 236. Una concepción más objetiva y menos restrictiva, que requiere la «predecibilidad» del resultado según leyes generales para afirmar la «relación de causalidad» (como relación ideal) y no sólo la «causación» (como relación material) mantienen Cobo/Vives, PG, pp. 388 ss.

para causar la muerte de la embarazada la intervención abortiva cuidadosa durante la cual se produce un corte en la energía eléctrica. En cambio, sí serán adecuadas todas estas conductas si *el autor* conocía las circunstancias especiales que determinarían la muerte (p. ej.: que la víctima sufría hemofilia).

45 Se tienen en cuenta, pues, los conocimientos especiales (superiores) que tenga el autor, pero no sus desconocimientos que no habría tenido un hombre prudente. El error vencible para el espectador prudente que sirve de baremo aquí no excluye la adecuación de la conducta ni, por tanto, el tipo objetivo, sino sólo el dolo. Sólo el error invencible para cualquier persona prudente excluye ya la adecuación objetiva de la conducta. La razón del diverso tratamiento de los conocimientos especiales (superiores) y del error ha de verse en que en el tipo objetivo lo que importa es lo que puede imputarse a un hombre medio prudente (valoración intersubjetiva), no al concreto autor: importan *todos los conocimientos que ex ante habría tenido una persona prudente que hubiera vivido lo que vivió el autor*, y es evidente que en tal hipótesis la persona prudente habría tenido los conocimientos superiores a que tuvo acceso el autor, pero hubiera evitado caer en un error vencible.[33] P. ej., habría sabido que la víctima era hemofílica si el autor tuvo acceso a este dato, pero no habría caído en el error imprudente del autor de creer descargada el arma que disparó para gastar una broma al amigo al que mató —la persona prudente habría comprobado el arma y habría advertido que estaba cargada—. La aparente asimetría de tratamiento de los conocimientos superiores y los inferiores se supera mediante la referencia a los conocimientos que habría tenido una persona prudente que hubiera *vivido* (no sabido) lo mismo que el autor.

46 Sin embargo, la teoría de la adecuación no puede considerarse una teoría de la *causalidad*, sino una teoría de la *imputación objetiva*, es decir, de límite de la responsabilidad sobre la base de la efectiva causalidad.[34] Porque lógicamente no cabe negar que es causa toda condición sin la cual el resultado no se hubiera producido (como sostiene la fórmula de la *condicio sine qua non*): por muy inadecuada que *a priori* pudiera parecer, *a posteriori* habrá resultado causal. La teoría de la adecuación no puede negar esto, sino que ha de reducir su papel a selección de las causas que jurídicamente permiten la imputación objetiva del resultado a las mismas. No basta que naturalísticamente se haya causado la muerte, es preciso además que jurídicamente pueda decirse que se ha «matado»: es precisa una interpretación del verbo típico desde el punto de vista de la *finalidad de protección del Derecho penal*, que sólo debe tender a evitar conductas que aparezcan como suficientemente peligrosas en el momento de su realización.[35]

---

33. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1994, p. 18.

34. Gómez Benítez, Causalidad, pp. 21 s.; Roxin, Lb § 11/36 s., destacando además la necesidad de añadir otros criterios para la imputación junto al de la adecuación. La STS 5 abril 83 ofrece la más clara y completa delimitación entre causalidad e imputación objetiva. Cfr. también, distinguiendo ambos niveles, las SSTS 4 mar. 85, 11 febr. 87 y 26 jun. 95.

35. Vid. supra, nota 20. Ver también Torío, ADPCP 1986, pp. 47 s.; el mismo, Fin de protección, pp. 383, 400. Destaca acertadamente que esta concepción del Derecho penal es la base de la teoría de la imputación objetiva Martínez Escamilla, Imputación, pp. 73 ss. La STS 25 abr. 85 señala, como base legal de la insuficiencia de la causalidad y de la necesidad de requerir la imputación objetiva, el anterior art. 6 bis b) CP, que excluía la responsabilidad penal aunque se «causare» el hecho si ello tuviere lugar «por mero accidente».

3. *La imputación objetiva del hecho*

47 La **teoría de la imputación objetiva**[36] parte del planteamiento anterior y lo desarrolla para hacerlo fructífero con carácter general. No se trata sólo de un correctivo a veces necesario de la causalidad, sino de una exigencia general de la realización típica. Es más, lo que no siempre es necesario es la relación de causalidad, que no es precisa en los delitos de comisión por omisión, los cuales también requieren, en cambio, la imputación objetiva del resultado a la omisión.[37] En los delitos de acción —los aquí estudiados— la teoría de la imputación objetiva exige: *a) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, b) que se realice en el resultado*.[38] En los delitos que exigen la producción de un resultado separado, siempre que falte la relación de causalidad con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, faltará la imputación objetiva; mas no toda causa del resultado supone la creación de un riesgo cuantitativa y cualitativamente suficiente que se realice en el resultado.

48 Los dos aspectos de la fórmula citada (creación de un determinado riesgo y realización del mismo en el resultado) tienen distinto significado dogmático. Mientras que el primero afecta a la imputación *de la conducta* a la parte objetiva del tipo, sólo el segundo se refiere estrictamente a la imputación *del resultado*. La creación del riesgo ha de verse, pues, como presupuesto del *desvalor intersubjetivo de la conducta* (a decidir *ex ante*), mientras que la realización en el resultado, al igual que la relación de causalidad, condicionan el *desvalor del resultado* (a decidir *ex post*). La creación del riesgo es presupuesto intersubjetivo de la infracción de la norma primaria, que prohíbe la conducta, en tanto que la realización en el resultado es presupuesto de aplicación de la norma secundaria, que impone la pena.[39] De ahí que cuando falte el primer elemento no sólo no se imputará el resultado, sino que tampoco existirá conducta alguna calificable de tentativa, mientras que sí la habrá cuando concurra la creación del riesgo dolosa y sólo falte su realización en el resultado —como ocurre cuando en un hecho doloso (sólo) falta la relación de causalidad.

A) *La imputación objetiva de la conducta*

49 Para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva del tipo es necesario que *ex ante* apareciese como

---

36. Vid. supra, nota 1. La monografía española más completa es la de Martínez Escamilla, Imputación, passim.

37. Vid. supra, I.

38. Por todos: Jescheck, Tratado, I, p. 389; Rudolphi, Systematischer Kommentar, Preámbulo al parágr. 1, p. 57.; Roxin, AT, § 11/42 ss. Así también las SSTS 1611/2000 de 19 oct., 1696/2002 de 14 oct., 1494/2003 de 10 nov., de 3 mar. 2005, 470/2005 de 14 abr., 1064/2005 de 20 sept., 1094/2005 de 26 sept., 1253/2005 de 26 de oct., 37/2006 de 25 en., 936/2006 de 10 oct. y 1026/2007 de 10 dic.

39. En esta línea: W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 67, 509 ss., y Roxin-Festschrift, pp. 232 ss.; Silva, Aproximación, pp. 415 ss.; Corcoy, Delito imprudente, pp 335 ss., 382, 423 ss., 434 ss. En contra Roxin, AT, § 11/46.

creadora de un riesgo típicamente relevante.[40] Ello no sucede en los casos de disminución del riesgo, en los de ausencia de un grado de riesgo suficiente y en aquéllos en que se origina un riesgo socialmente adecuado.

50 a) Casos de **disminución del riesgo**. Cuando la conducta co-causante del resultado tiene el sentido de evitar otro riesgo en un mismo bien jurídico, se dice que disminuye el riesgo y, por lo tanto, que no crea un nuevo riesgo que permita la imputación objetiva. Éste sería el caso de quien desvía la acción lesiva dirigida a una parte esencial de un determinado objeto de modo que recaiga en otra parte menos valiosa. Se menciona aquí el ejemplo de quien desvía el golpe dirigido a la cabeza de la víctima con peligro para su vida y logra que dé en su hombro.[41]

51 Este ejemplo puede resultar discutible si se entiende que la desviación del golpe no sólo disminuye un riesgo para el bien jurídico de la vida, sino que también crea un riesgo en otro bien jurídico *distinto*, como el de la salud e integridad física. Podría, entonces, resolverse el caso afirmando la imputación objetiva de la lesión y apreciando a continuación la eximente de estado de necesidad. En cambio, la negación de la imputación objetiva podrá mantenerse si se contempla la lesión a la salud o integridad física no como un *aliud*, sino como un *minus* respecto a la muerte de la misma persona.[42]

52 b) Casos de **ausencia de un determinado grado de riesgo**. Deben incluirse aquí los supuestos en que *ex ante* no existe un riesgo cuantitativamente suficiente (riesgo insignificante). El criterio para decidir la existencia de suficiente riesgo ha de ser el mismo utilizado por la teoría de la adecuación *(vid. supra)*:[43] punto de vista de una persona prudente en el momento de la acción (*ex ante*), con los conocimientos que habría tenido si hubiera vivido lo que vivió el autor (lo que incluye los conocimientos especiales que pudiera tener el autor, pero no sus errores vencibles).

53 Cabe plantear la cuestión de si el grado de peligro que traza la frontera de la imputación objetiva depende de la *intención* del sujeto. Habría conductas, como las de un leve empujón, en que la intención parece que no debe importar en orden a la imputación de un homicidio. Sin embargo, considérese el caso siguiente: alguien con poca puntería dispara con ánimo de matar sobre una persona que se encuentra a una distancia tal que sólo puede divisarla gracias a la mirilla telescópica de su fusil.[44] Supongamos que *ex ante* en tales condiciones

---

40. Cfr. ya Honig, Frank-Festagabe, p. 186; Jescheck, Tratado, I, p. 390; Roxin, Problemas, pp. 131 ss. Vid. las SJP Sevilla 462/2000 de 18 dic., SJP Santa Cruz de Tenerife 517/2003 de 30 de dic. y SAP Madrid 477/2006 de 9 de jun. En contra, Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 104.

41. Cfr. Jescheck, Tratado, I, p. 389; Roxin, Problemas, p. 131. Es elocuente el ejemplo que propone este autor de quien intentando impedir un homicidio sólo consigue retrasarlo. Acogen este criterio las SSTS 1611/2000 de 19 oct., 1671/2002 de 16 oct., 1494/2003 de 10 nov., de 3 mar. 2005, 470/2005 de 14 abr., 1064/2005 de 20 set., 1094/2005 de 26 set., 1253/2005 de 26 oct., 37/2006 de 25 en., 936/2006 de 10 oct. y 955/2007 de 20 nov.

42. De acurdo Luzón, Curso, p. 386. Cree preferible acudir al estado de necesidad por presuponer la disminución del riesgo una situación de necesidad, Baldó, Estado de necesidad, pp. 132 ss.

43. Cfr. Roxin, AT, § 11/49 s.

44. Cfr. Gimbernat, Delitos cualificados..., p. 39.

estadísticamente fuese dificilísimo dar en el blanco. Si, pese a todo, la bala da muerte a la víctima, ¿negará alguien la imputación objetiva?[45] Si, en cambio, el disparo se hace sin ánimo de alcanzar a una persona, aunque cause la muerte de alguien será más fácil negar la imputación objetiva si las posibilidades de dar muerte a una persona eran tan pequeñas como en el caso anterior.[46]

La diferencia de trato de ambos casos podría justificarse del modo que sigue: **54**

Sería inconveniente para la vida social que se prohibiera bajo pena como peligrosa para un determinado bien jurídico toda conducta que entrañara cualquier riesgo mínimo para dicho bien, si tal conducta no es *identificable* en cuanto tal por *manifestar objetivamente* una dirección final hacia la lesión del bien jurídico —como sucede cuando se dispara de muy lejos apuntando a matar—. Salvo en este caso, la determinación de las conductas mínimamente peligrosas para un bien jurídico alcanzaría a buena parte de las actividades que se consideran socialmente útiles, pues son muchas las que encierran algún riesgo. Prohibirlas todas supondría paralizar la vida social tal como hoy la entendemos. Más fácil sería prohibir como peligrosas para un determinado bien jurídico toda conducta que el sujeto *advirtiera* que lo es. Pero no parece que pudiera bastar este conocimiento del mínimo peligro, pues ello dificultaría enormemente la vida de las personas extremadamente previsoras, a quienes resultarían prohibidas penalmente gran número de las actividades sociales más comunes y con ello se les privaría de la posibilidad de perseguir las metas lícitas que las mismas permiten. Este último inconveniente desaparecería si se prohibieran sólo aquellas conductas mínimamente peligrosas para un bien jurídico que el sujeto realizase *con el fin* de poner en peligro el bien jurídico. Mas ello tampoco sería satisfactorio para un Derecho regulador de conductas externas que no quiera castigar pensamientos, si externamente no existiese ninguna diferencia entre la conducta prohibida y las normalmente permitidas —lo que, por otra parte, haría la prohibición insoportable para la seguridad jurídica, por la dificultad de prueba—. En cambio, si la conducta mínimamente peligrosa *revela externamente* tener como objetivo dirigirse a la lesión del bien jurídico —como en el ejemplo del fusil—, puede prohibirse como peligrosa para dicho bien jurídico sin dificultar para nada la vida social, porque es perfectamente identificable como peligrosa, no sólo subjetivamente, sino también de modo objetivo, lo que la hace fácilmente distinguible de las conductas poco peligrosas no individualizables sin un costo social excesivo. **55**

Este planteamiento permitiría no sólo conceder un mayor ámbito a la imputación objetiva en los delitos dolosos respecto a las imprudentes, sino también en los hechos realizados con *dolo directo* en comparación con los efectuados con *dolo eventual* (sobre estos conceptos cfr. *infra*, II 1 C). Sin embargo, ello no supone que la «imputación objetiva» deje de ser «objetiva», sino sólo que se condiciona a datos subjetivos. Sigue siendo «objetiva» porque no se refiere a la cuestión de si concurre el tipo subjetivo (el dolo), sino a la de si concurre la parte objetiva del tipo doloso.[47] También es subjetivo el dato de los conocimientos especiales del autor que deben tenerse en cuenta para decidir *ex ante* la adecuación de una conducta para **56**

45. Cerezo, PG, II, 6ª ed., pp. 104 s. niega, por ello, que sea necesaria la previsibilidad objetiva del resultado en los tipos dolosos. Prefiero entender que en casos de intención manifiesta basta un mínimo riesgo, lo que no obsta a la necesidad de un cierto riesgo previsible —que no deja de concurrir en el ejemplo del texto.

46. De acuerdo: Torío, ADPCP 1986, pp. 39 s.; Corcoy, Delito imprudente, pp. 339 ss.; Schünemann, Consideraciones sobre la imputación objetiva cit., pp. 430 s. En contra Martínez Escamilla, Imputación, pp. 111 ss.

47. En este sentido se manifiesta Roxin, Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann, p. 250.

causar un resultado, y, sin embargo, se admite que tal factor subjetivo no empece al carácter objetivo de la imputación.

57 c) Casos de **riesgo socialmente adecuado**. Tampoco cabe imputar la conducta cuando, pese a suponer un riesgo no despreciable, el mismo carece por su *utilidad social* de relevancia *típica* jurídico-penal.[48] No cabe incluir aquí todos los casos en que el riesgo se halla jurídicamente permitido. No cabrán aquéllos en que tal permisión se debe a una causa de justificación, sino sólo los riesgos propios de un *tipo de actividad* en sí misma adecuada socialmente, como el deporte, el tráfico, la industria, la investigación, etc.: casos de la llamada **«adecuación social»** en que la utilidad social típica del sector de actividad correspondiente impide considerarla penalmente típica, esto es «típicamente relevante». De otro modo, si toda permisión de un riesgo excluyese la imputación objetiva, ésta desbordaría el ámbito del tipo y supondría la ausencia de causas de justificación, cuestión que conviene separar y contemplar una vez comprobada la imputación de un hecho como típico. Por ello, es preferible evitar la expresión usual de «riesgo jurídicamente desaprobado» como requisito de la imputación objetiva y precisar más hablando de **«riesgo típicamente relevante»**.[49]

B) *La imputación objetiva del resultado*

58 Para la afirmación de la parte objetiva del tipo, en los delitos que exigen la producción de un resultado separado, no es suficiente que una conducta creadora de un riesgo típicamente relevante cause materialmente el resultado típico. Es necesario, además, que el resultado causado pueda verse como *realización del riesgo* precisamente inherente a la conducta.[50] Además de la relación de causalidad es necesaria, pues, una **relación de riesgo** entre la conducta y el resultado. De ello se sigue que también deberá negarse la imputación objetiva de un resultado cuando, pese a haber sido causado por una conducta que creó un riesgo típicamente relevante, no supone la realización de este riesgo, sino de *otro factor. Ejemplo*: Alguien dispara sobre otro con ánimo homicida y le hiere de forma tal que hubiera muerto a consecuencia de ello de no haber sido intervenido quirúrgicamente a continuación; sin embargo, en la operación se utiliza un bisturí infectado que determina una infección que lleva a la muerte del paciente.

59 Aquí pueden incluirse casos en que la jurisprudencia tradicional ha venido considerando como de **interrupción del nexo causal** por intervenciones posteriores

48. Cfr. Martínez Escamilla, Imputación, pp. 131 ss. En contra Luzón, Curso, p. 382.

49. Acoge esta terminología propuesta en el texto Martínez Escamilla, Imputación, pp. XXV, 44, 61 ss.

50. Cfr. Martínez Escamilla, Imputación, pp. 165 ss. En este sentido, las SSTS 18 febr. 97 y 1339/2005 de 12 de oct.

imprevisibles de la víctima o de terceras personas (cfr. *supra*, 2 C a)[51]. Piénsese en el supuesto de que el herido de muerte por un disparo es rematado por un tercero tras la marcha del primer sujeto. Se produce en estos casos una desviación del curso causal que, en cuanto no quepa contar con él *ex ante*, no puede imputarse a la conducta inicial, por mucho que éste entrañara un riesgo suficiente de causar la muerte *de otro modo*. Los casos como éste no pueden resolverse negando sólo el dolo por *error en el curso causal*, puesto que habría que excluir el tipo aunque el sujeto hubiese deseado o confiado en que, de no conseguir directamente su objetivo, se produjera por virtud de algún accidente con el que no cabe contar. La razón que cabe alegar es que evitar tales desviaciones no puede ser objetivo de la *finalidad de la norma* que debe infringirse en los delitos dolosos (el resultado quedaría entonces fuera del **«ámbito de protección de la norma»**).[52]

4. *Ámbito de la teoría de la imputación objetiva*

60 La teoría de la imputación objetiva **debe extender su alcance** más allá del problema del nexo que debe concurrir entre la conducta y el resultado en los delitos de resultado. La imputación objetiva debe entenderse como el juicio que permite imputar *jurídicamente* la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución *material*. En los delitos de resultado su realización material es la causación del resultado por una determinada conducta y, como se ha visto, no basta para la imputación objetiva. ¿Qué significa esto? Significa que la causación material del resultado por una conducta no es suficiente para que pueda considerarse objetivamente *típica* dicha conducta. Si no toda conducta causal permite la imputación objetiva, es porque no toda conducta causal puede reputarse *típica*, y precisamente por ello la imputación objetiva depende de la finalidad de la norma correspondiente al tipo de que se trate. Si el resultado se puede imputar objetivamente a una conducta es, entonces, porque ésta realiza la parte objetiva del tipo. Ahora bien, para que una conducta realice la parte objetiva del tipo **en los tipos de autoría** (los que realiza el autor, a diferencia de los que realizan los inductores o cooperadores) (cfr. *infra*, Lec. 14), es preciso algo más además de lo dicho hasta aquí. Como se verá al estudiar las formas de intervención en el delito, la autoría se distingue de la inducción o la cooperación por requerir algo más que la creación del riesgo típico realizada en el resultado, puesto que también esto debe concurrir en la inducción y en la cooperación. El tipo de autoría requiere, además, que el hecho pueda *imputarse* al sujeto *como suyo*. Esta pertenencia del hecho se basa en factores objetivos, aunque éstos también requieren un reflejo subjetivo. La base objetiva de la pertenencia del hecho a título de autor será necesaria para la completa imputación objetiva del tipo de autoría. La completa realización de la parte objetiva del tipo de autoría en los delitos que exigen la producción de un resultado supone, según esto, tres elementos: 1) la relación de causalidad; 2) una determinada relación de riesgo; 3) la *relación de autoría*.[53]

---

51. Cfr. Martínez Escamilla, Imputación, pp. 326 ss.

52. Cfr. Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 142 s.; Roxin, Problemas, pp. 136 ss.; el mismo, Lb §11/63; Jescheck, Tratado, I, pp. 390 s.; Arroyo, op. cit., pp. 193 ss.; Corcoy, Delito imprudente, pp. 561 ss. y, respecto a las intervenciones posteriores de terceros, pp. 541 ss.; Martínez Escamilla, Imputación, pp. 259 ss.; Luzón, Curso, p. 383.

53. En contra Luzón, Curso, p. 387.

61 El Derecho positivo español comparte el criterio de que no sólo la causalidad, sino también el riesgo son insuficientes para la imputación objetiva del hecho. En efecto, aunque el inductor y el cooperador necesario son causa del resultado (ya que sin ellos éste no se hubiera producido) y pueden serlo en forma previsible, no «son» verdaderos autores del delito, sino sólo sujetos asimilados (art. 28 CP). Ello indica que para la ley no realiza el tipo todo aquél que causa el resultado en forma previsible, sino sólo aquél a quien además puede imputarse el hecho como propio.

62 Por otra parte, también **en los delitos de mera actividad** la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva.[54] De la misma forma que el resultado materialmente causado por una conducta puede no ser imputable a esta conducta —p. ej., por no ser en absoluto previsible *ex ante* que ésta causase aquel resultado—, también en los delitos de mera actividad puede suceder que no fuera previsible *ex ante* que la práctica de unos actos corporales determinados iban a suponer la realización de la conducta típica.

63 *Ejemplo:* El delito de allanamiento de morada se comete por la entrada en morada ajena contra la voluntad de su morador (art. 202, I, primer inciso, CP); supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal entrada.

64 Si en los delitos de resultado la efectiva causación de éste no basta si no era previsible, sería incoherente admitir que en los delitos de mera actividad baste la efectiva realización material de la conducta cuando no fuera previsible que los actos practicados *resultaran* constituir tal conducta. Lo que ocurre es que, ciertamente, serán mucho más raros los actos en que esto suceda, al coincidir espacio-temporalmente los actos corporales y la conducta típica que constituyen. Por de pronto, ello supone que no es preciso comprobar el primer elemento de la imputación objetiva en los delitos de resultado: la relación de causalidad. Por otra parte, la realización material de la conducta conllevará generalmente los otros dos elementos de la imputación objetiva: la relación de riesgo y la relación de autoría.

65 En los **delitos de comisión por omisión** deberán tenerse en cuenta las siguientes particularidades. Por una parte, la imputación objetiva no requiere una propia *causación* del resultado, sino sólo, como primer elemento, que de haber actuado el sujeto hubiera impedido el resultado. Por otra parte, la *posición de garante* en que debe encontrarse el sujeto ha de verse como uno de los requisitos de la imputación objetiva del resultado al sujeto omitente (ver Lec. 12).

II. La parte subjetiva del tipo doloso

1. *El dolo y sus clases*

Bibliografía

Altavilla, Dolo eventuale e colpa con previsione, Riv. ital. dir. pen. 1957, pp. 159 ss.; Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; *Bacigalupo*, Comentario al art. 14 CP, en Conde-Pumpido (dtr.)., Código penal, I, 1997, pp. 480 ss.; *Baigún*, Los delitos de peligro y la prueba del dolo, Buenos Aires 2007; *Baldó*, Sobre las desviaciones causales: consumación anticipada y dolus generalis,

54. De acuerdo Torío, ADPCP 1986, p. 43; el mismo, Fin de protección, p. 384. También Luzón, Curso, p. 387

ADPCP 1995, pp. 339 ss.; *Bustos*, Política criminal y dolo eventual, RJCat 1984, pp. 309 ss. (= el mismo, Control social y sistema penal, 1987, pp. 233 ss.); *Casabona*, Sobre la estructura del dolo, 2009; *Corcoy*, En el límite entre dolo e imprudencia, ADPCP 1985, pp. 961 ss.; *Córdoba Roda*, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962; *Cuello Contreras*, Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto, en RDPC (2) 2009; *Cury*, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, NPP, 1975, pp. 149 ss.; *Díaz Palos*, Dolo penal, en NEJ; *Díaz Pita*, El dolo eventual, 1994; *Díaz y García Conlledo*, Argumentación y prueba en la determinación del dolo, en RDPCr nº 8, 2001; *Díez Ripollés*, Naturaleza de las circunstancias..., ADPCP, 1977; *Dopslaff*, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, pp. 1 ss.; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *Fakhouri*, Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal, en InDret 4/2009; *Franco Loor*, El dolo en el Derecho Penal, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Vorsatz und Mitbewußtsein —Strukturen des Vorsatzes, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 311 ss.; *el mismo*, Offene Fragen des dolus eventualis, NStZ, 1991, pp. 23 ss.; *Galán Muñoz*, El denominado "dolo alternativo": un caso entre el concurso de leyes y el de delitos, en LH a la Profesora Díaz Pita, 2008; *Gómez Benítez*, El concepto de dolo en la moderna dogmática penal, en CDJ, VII, 2006, pp. 13 ss.; *Gimbernat*, Acerca del dolo eventual, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990, pp. 240 ss. (=NPP 1972, pp. 352 ss.); *el mismo*, ADPCP 1990, pp. 421 ss.; *González Cussac*, Dolus in re ipsa, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Hassemer*, Kennzeichen des Vorsatzes, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 289 ss. (trad. españ. en ADPCP, pp. 909 ss.); *Herzberg*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1986, pp. 249 ss; *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *el mismo*, Dolus eventualis und Vermeidewille, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 351 ss.; *v. Hippel*, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, en Birkmeyer y otros (ed.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, III, pp. 373 ss.; *Hruschka*, Rückkehr zum dolus subsequens, JZ 1973, pp. 278 ss.; *el mismo*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, en Festschrift für Kleinknecht, 1985, pp. 191 ss.; *Jaén Vallejo*, Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia, en CPC (100) 2010; *Jescheck*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, en Festschrift für E. Wolf, 1962, pp. 473 ss.; *Jiménez de Asúa*, La faute consciente et le «dolus eventualis», Rev. droit pén. et crim., 1960, pp. 603 ss.; *Joerden*, Der auf Verwirklichung zwei Tatbeständen gerichteten Vorsatz, ZStW 95 (1983), pp. 565 ss.; *Kargl*, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993; *Armin Kaufmann*, Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70 (1958), pp. 64 ss. (=trad. de Suárez Montes, ADPCP 1960, pp. 185 ss.); *Arthur Kaufmann*, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *Kindhäuser*, Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984); *el mismo*, Rohe Tatsachen und normative Tatabestandasmerkmale, Jura 1984; *el mismo*, ¿Indiferencia como dolo?, trad. de García Cavero, en Rev. de Dº. Univ. de Piura (Perú), v. 6, 2005; *Köhler*, M., Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, pp. 285 ss.; *Krümpelmann*, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975), pp. 888 ss.; *Küper*, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988), pp. 758 ss.; *el mismo*, Vorsatz und Risiko..., GA 1987, pp. 479 ss.; *Laurenzo*, Los componentes del dolo respuesta desde una teoría del conocimiento, en Rv. Peruana de Ciencias Penales, nº 12, 2002; *Laporta*, El dolo y su determinación en casación, Buenos Aires 2007; *Luzón Peña*, Comentario a la STS 28 mayo 86, RDCir 1986, p. 321; *el mismo*, Dolo y dolo eventual: reflexiones, en Manuales de formación continuada, 1999; *Martínez-Buján*, El concepto significativo del dolo: un concepto volitivo-normativo, en LHa la Profesora Díaz Pita, 2008; *Miró Llinares*, ¿Dime qué sabes y te diré de qué respondes?: el dolo del cooperador necesario en el moderno Derecho penal, Diario La Ley, 2013; *el mismo*, Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (II). Tipo "subjetivo", en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *el mismo*, Dolo y derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos, CPC (113) 2014; *Morillas*, La doble posición del dolo y de la imprudencia…, en CPC, nº 91, 2007, pp. 27 ss.; *Morkel*, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ 1981, pp. 177 ss.; *Pérez Barberá*, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, 2011; *Philips*, Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, ZStW 85 (1973), pp. 27 ss.; *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; *Ragués*, El dolo y su prueba en el proceso penal, 1999; *el mismo*, Consideraciones sobre la prueba del dolo, en La Ley, nº 5663, oct. 2002; *el mismo*, La ignorancia deliberada en Derecho penal, 2007; *el mismo*, De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico, en InDret 3/2012; *el mismo*, La doctrina

de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *el mismo*, La doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Ramos Vázquez*, "Un «proceso interno» necesita criterios externos": algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Reyes Alvarado*, La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, en RGDP (9) 2008; *Romeo Casabona*, Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica, en Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo, 2005; *Roso Cañadillas*, Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *A. Ross*, Über den Vorsatz, 1979; *Puppe*, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991), pp. 1 ss.; *la misma*, Vorsatz und Zurechnung, 1992; *la misma*, A distinção entre dolo e culpa, trad., introducción y notas de *Greco*, Brasil 2004; *la misma*, Vorsatz und Kausalabweichung Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 26.7.2007, GA 2008; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994; *la misma*, Problemas de responsabilidad por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones sobre el «caso de la colza», en Mir/Luzón, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, pp. 263 ss.; *Roxin*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1964, pp. 53 ss. (=el mismo, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, pp. 209 ss.); *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, Buenos Aires, 1991; *Sanz-Díez de Ulzurrun*, Dolo e imprudencia en el CP español, 2007; *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *el mismo*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *el mismo*, «Subjektiver Tatbestand» und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, en Festschrift für Lange, 1976, pp. 687 ss.; *Schmidhäuser*, Über aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, en Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 317 ss.; *el mismo*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; *el mismo*, Der Begriff des bedingten Vorsatzes... GA 1958, pp. 161 ss.; *el mismo*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, JuS 1980, pp. 241 ss.; *el mismo*, Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, en Festschrift für Oehler, 1985, pp. 135 ss.; *Schmoller*, Das voluntative Vorsatzelement, ÖJZ 1982, pp. 259 ss., 281 ss.; *Schneider*, Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA 1956, pp. 257 ss.; *Schröder*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, en Festschrift für W. Sauer, 1949, pp. 207 ss.; *Silva*, Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad, ADPCP 1987, pp. 647 ss.; *Spendel*, Zum Begriff des Vorsatzes, en Festschrift für Lackner, 1987, pp. 167 ss.; *Stratenwerth*, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), pp. 41 ss.; *Varela*, Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal, InDret 3/2012; *Vives*, Reexamen del dolo, en LH a la Profesora Díaz Pita, 2008; *Volk*, Dolus ex re ante, en Festschrift f. Arth. Kaufmann, 1993, pp. 611 s.; *Warda*, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung..., en Festschrift für R. Lange, 1976, pp. 119 ss.; *Weigend*, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, SZtW 93 (1981), pp. 657 ss.; *A. E. Wolff*, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, en Festschrift f. W. Gallas, 1973, pp. 197 ss.; *Zugaldía*, La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual, ADPCP 1986, pp. 395 ss.

(Ver también la bibliografía general de esta Lección y la de la Lección 21).

A) *Concepto*

66 a) Según la **doctrina causalista clásica**, el dolo se concebía como ***dolus malus***.[55] Contenía como tal, dos aspectos: a') el conocimiento y voluntad de los hechos, y b') la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho).

---

55. Así, en España, Rodríguez Devesa, PG, pp. 440 ss.; Cobo/Vives, PG, p. 555. Sin embargo, estos autores ya no contraponen conocimiento de los hechos y conocimiento del Derecho, sino, en terminología actual, el conocimiento del tipo y el de la prohibición (cfr. infra, III, 2). A favor también de incluir la conciencia de la ilicitud en el dolo SSTS 165/2000 de 10 febr., 754/2001 de 7 mayo, 832/2001 de 14 mayo, 457/2003 de 14 nov., 575/2003 de 14 abr., 1036/2003 de 2 sept. y 258/2006 de 8 mar. Sobre la distinción de los conceptos de dolus malus y dolo natural SSTS 145/2002 de 1 febr. y 307/2002 de 20 febr.

b) En la actualidad, gracias al **finalismo**, se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como ***«dolo natural».*** Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la *situación* objetiva descrita por el tipo del injusto,[56] y no requiere que se advierta que dicha realización es *antijurídica* (no incluye la conciencia de la antijuridicidad).[57] **67**

Ejemplo: Según la teoría tradicional, el que revela a conciencia los secretos ajenos que ha sabido por razón de su oficio o sus relaciones laborales (art. 199 CP), pero desconociendo que ello constituía un hecho prohibido, no actúa dolosamente, porque le falta la conciencia de la antijuridicidad. En cambio, si se concibe el dolo como «dolo natural», dicho sujeto actuará dolosamente, porque conocía correctamente la situación prevista en el tipo del art. 199 CP —sabía que divulgaba los secretos a que se refiere—, y no es preciso que además supiera que esta situación es antijurídica. **68**

c) A nuestro juicio, el dolo *completo* exige la «conciencia de la antijuridicidad», pero es conveniente distinguir **tres grados o niveles de dolo**: el dolo típico, que sólo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico, el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de justificación, y el dolo completo, que además supone el conocimiento de la antijuridicidad *(dolus malus)*. *Al estudiar el tipo doloso importa únicamente el primer nivel de* ***dolo típico****, que corresponde al concepto de dolo natural usado por el finalismo*. En este contexto, y por razones de brevedad, en principio utilizaremos el término dolo en el sentido de dolo típico. Cuando nos ocupemos de las causas de justificación veremos que entonces el dolo exige el segundo nivel de dolo correspondiente. Finalmente, el dolo completo será necesario para la imputación personal de la antijuridicidad penal. **69**

Contra lo que opina el finalismo ortodoxo, el dolo típico no agota el *dolo natural*, que también comprende el dolo referido a la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación. Ello se desprende de la observación, que ha propiciado la **teoría de los elementos negativos del tipo**, de que tanto los elementos del tipo (positivo) como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del *supuesto de hecho* que constituye la *situación* objeto de la prohibición,[58] y todos ellos deben distinguirse de esta prohibición en sí misma. De ahí que ninguno de ellos pueda considerarse como mero objeto del «conocimiento de la prohibición» (o de la antijuridicidad), sino que todos deben constituir objeto del dolo natural como conocimiento de la situación requerida para la prohibición. **70**

---

56. Cfr. Welzel, Lb, p. 64 (=trad. pp. 94 s.).
57. Cfr. Welzel, Lb, p. 77 (=trad. p. 113).
58. A efectos terminológicos conviene recordar que, pese a ello, utilizamos el término «tipo» en el sentido clásico de tipo positivo y lo distinguimos del «supuesto de hecho» como hecho prohibido que requiere la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación (cfr. supra, Lección 6, IV, 1, B). De ahí la contraposición que proponemos entre «tipo doloso» y «supuesto de hecho doloso». Distingue ahora también, en un sentido paralelo, entre «dolo típico» *(Tatbestandsvorsatz)* y «dolo del injusto» *(Unrechtsvorsatz)* Roxin, AT, § 14/68.

71 Por otra parte, el dolo constituye una característica de la conducta prohibible en el delito doloso, por lo que **sólo es necesario que se refiera a la parte externa de la conducta**. Si el tipo se concibe, como en esta obra, como tipo penal, que contiene no sólo la descripción de la conducta prohibible, sino también otros elementos que condicionan la relevancia penal del hecho (como el resultado típico *ex post* y las «condiciones objetivas de punibilidad»), no será necesario que el dolo típico se extienda a estos otros elementos ajenos a la conducta en sentido estricto.

72 Ya se indicó en su lugar que las condiciones objetivas de punibilidad no constituyen objeto del dolo (Lección 6, V 3). Cuando estudiemos el **dolo eventual** veremos que el mismo no precisa extenderse al resultado (*infra*, C c).

73 d) Desde antiguo se discute si el dolo requiere conocimiento y voluntad **(teoría de la voluntad)** o sólo conocimiento **(teoría de la representación)**.[59] La doctrina dominante se ha inclinado por exigir tanto el conocimiento como la voluntad, aunque últimamente ha ganado terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento.[60] Es evidente que el hecho doloso presupone un comportamiento humano que, en cuanto tal, requiere «voluntariedad». Asimismo es obvio que dicha voluntariedad no es suficiente para el dolo, como lo prueba el hecho de que también la imprudencia presupone un comportamiento humano voluntario. Pero la cuestión es si para el dolo basta o no añadir a dicha voluntariedad general el conocimiento de la situación típica. Las teorías de la voluntad suelen dar una respuesta negativa a esta cuestión, y ello tiene consecuencias a la hora de delimitar el dolo de la imprudencia (más concretamente, el dolo eventual de la culpa consciente): conduce a exigir para el dolo una actitud interna de aprobación, consentimiento o, al menos, aceptación del hecho (*vid. infra*, C c). Las teorías del conocimiento (o de la representación) niegan la necesidad de añadir ninguna actitud interna como éstas. A mi juicio, quien realiza un comportamiento humano (voluntario) conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa ya, sin más, con la voluntad consciente que caracteriza al dolo. Quien efectúa una conducta de matar sin ninguna causa de exclusión del comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente mata con dolo. Basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica, para poder afirmar que se «quiere» (al menos en el sentido de que se *acepta*). Ello puede interpretarse en el sentido de que la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino sólo del comportamiento humano,[61] pero me parece preferible —y más conforme con la tradición— entender que el dolo es la *voluntad consciente* resultante, sin más, de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano, y que dicho dolo implica «querer» en el sentido, por lo menos, de aceptar. Aunque sólo se añada a la voluntariedad general del comportamiento el conocimiento de que se realiza el tipo, este objeto de conocimiento se convierte también en objeto de la voluntad. Lo que se quiere en el delito doloso es, pues, distinto a lo que se quiere en el delito imprudente. La adición del conocimiento afecta, pues, al contenido de lo querido, esto es, de la voluntad.

---

59. Cfr. el estado de la cuestión a principios del siglo XX en von Liszt, Tratado, II, p. 410 (partidario de la teoría de la representación).

60. Cfr. Silva, Aproximación, pp. 401 s., próximo sobre todo a la concepción intelectualista de Frisch. Acogen esta opinión las SSTS 1160/2000 de 30 jun., 1247/2000 de 12 jul., 439/2000 de 26 jul., 20/2001 de 22 en., 1564/2001 de 5 sept., 1642/2001 de 20 sept., 1715/2001 de 19 oct., 33/2002 de 23 en., 437/2002 de 17 jun., 1548/2002 de 27 sept., 1579/2002 de 2 oct., 1664/2002 de 28 mar., 1036/2003 de 2 sept., 1238/2003 de 3 oct. y 772/2004 de 16 jun.

61. Así Silva, Aproximación, pp. 401 s.

B) *Precisión de su contenido*

El objeto del dolo típico se integra de **elementos descriptivos y normativos**. Ambos pueden a su vez constituir **elementos esenciales y accidentales**. **74**

a) Los elementos que integran la situación típica pueden hallarse representados por **elementos descriptivos** o por **elementos normativos**. La distinción de ambas clases de elementos no corresponde a este lugar, porque ya se hizo al contemplar la «formulación del tipo» (Lección 9). Ahora importa subrayar que **el conocimiento de los elementos normativos presenta dificultades mayores que el de los elementos descriptivos**. Mientras que, p. ej., generalmente es sencillo decidir en qué consiste saber que se mata a otro, no lo es tanto determinar con precisión cuándo se conoce que un acto es de «exhibición obscena» (art 185 CP). La comprensión de un elemento normativo como el de «exhibición obscena» *variará* según las apreciaciones de cada grupo social e, incluso, de cada individuo. El hombre medio tendrá sólo una imagen *aproximada* de lo que es obsceno, y desde luego dotada de menor precisión que la del sociólogo. ¿Qué *grado* de conocimiento será exigible para el dolo? **75**

La doctrina dominante da respuesta a esta cuestión con ayuda de una fórmula ideada por Mezger: es necesaria y suficiente la **«valoración paralela en la esfera del profano»**. Significa que: 1) basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del *profano*, es decir, del no especialista; 2) debe concretarse todavía más, acudiendo al mismo nivel social en que se halla el autor.[62] **76**

No es preciso, pues, que el sujeto efectúe una *calificación jurídica* correcta de los hechos, si no es necesaria para su comprensión al nivel social a que pertenezca. De ahí se derivaría que el **error de subsunción**, es decir, el error en la calificación jurídica que no impide la comprensión en aquel nivel social, no excluiría el dolo. Ello no obsta a que dicho error pueda dar lugar a un error de prohibición.[63] **77**

Ahora bien, la calificación jurídica será necesaria para el dolo típico si condiciona la comprensión en la esfera del profano. Así, p. ej., es necesario para el hurto saber que la cosa que **78**

62. Escribe Mezger, Tratado, II, pp. 122 s., que es necesaria «una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamiento de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial». La fórmula de Mezger encuentra un precedente en Binding, Normen, III, p. 146, 148. En el mismo sentido Jescheck, Tratado, p. 400; Maurach, Tratado, I, p. 327. Considera, en cambio, innecesaria la distinción de elementos descriptivos y normativos en orden al error Dopslaff, GA 1987, pp. 2, 4 s., 19, 24. Acogen el criterio de la «valoración paralela en la esfera del profano» las SSTS 1310/2000 de 19 jul., 159/2002 de 8 febr., 1883/2002 de 8 nov., 1999/2002 de 3 dic., 2172/2002 de 30 dic., 1287/2003 de 10 oct., 1219/2004 de 10 dic., 163/2005 de 10 febr. y 411/2006 de 18 abr.

63. Cfr. en este sentido: Jescheck, Tratado, pp. 400, 421; Stratenwerth, AT, 8/72. Sostenía, en cambio, que el error de subsunción excluía el dolo von Liszt, II, pp. 415, 417 s. Sostienen la irrelevancia del error de subsunción las SSTS 1287/2003 de 10 oct., 1426/2005 de 7 dic., 171/2006 de 16 febr., 323/2006 de 22 mar., 411/2006 de 18 abr., 145/2007 de 28 febr., 189/2007 de 6 mar. y 875/2007 de 7 nov.

se toma es jurídicamente «ajena»; el que cree que toma una cosa que jurídicamente le pertenece por creer erróneamente que el Derecho le atribuye la propiedad sobre la misma, no *sólo* yerra sobre la calificación jurídica de la cosa, sino que tal error le impide la valoración paralela en la esfera del profano que requiere el dolo.[64]

79 b) Sean descriptivos o normativos, los elementos del tipo que ha de abarcar el dolo pueden ser **esenciales o accidentales**. Utilizo esta distinción no en el sentido de que los elementos accidentales no deban ser necesariamente abrazados por el dolo, sino para expresar la diferencia que existe entre aquellos elementos de los cuales depende la presencia del delito de que se trate (esenciales) y aquellos otros cuya concurrencia determina sólo la agravación o la atenuación del delito base, por lo que su ausencia no lleva consigo la de éste (accidentales). Los elementos accidentales pueden hallarse previstos de forma específica para el tipo de que se trate, o bien en forma genérica, como «circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal» («atenuantes» o «agravantes» [arts. 21, 22 y 23 CP]). A los primeros les llamaremos **«elementos típicos accidentales»**, en contraposición a las **«circunstancias atenuantes o agravantes»** (cfr. Lección 25).

80 *Ejemplo:* En el delito de aborto causado por tercero (art. 144 CP) la muerte del feto es elemento esencial, mientras que la utilización de violencia, intimidación, amenaza o engaño sobre la mujer alude a elementos accidentales, cuya concurrencia agrava la pena, pero que no son necesarios para la presencia del delito de aborto.

81 Pues bien, como es lógico, para que corresponda la penalidad señalada a los tipos agravados (cualificados) o atenuados (privilegiados), será preciso en principio que los elementos accidentales de que se trate sean también abarcados por el dolo (*arg. ex* art. 10 y 65 CP por analogía). Pero, puesto que el error sobre los mismos no hace desaparecer la voluntad de realizar el delito básico, no podrá ser tratado según las reglas generales, que remiten a la imprudencia cuando ésta es punible, si el error es vencible, o a la impunidad cuando es invencible. Las peculiaridades del tratamiento que corresponde al error sobre elementos accidentales deberán examinarse al considerar el tema del tratamiento jurídico-positivo del error.

C) *Clases*

82 Tres son las clases más importantes de dolo: a) **dolo directo de primer grado** (o «intención» en sentido estricto); b) **dolo directo de segundo grado**; c) **dolo eventual**.

83 a) En el **dolo directo de primer grado** el autor *persigue* la realización del delito. Por eso se designa también esta clase de dolo como «intención». En cambio, es indiferente en él: 1) que el autor sepa seguro o estime sólo como posible

64. Coincido, pues, con Díaz y García y Luzón, Curso, p. 450.

que se va a producir el delito; 2) que ello sea el único fin que mueve su actuación: el delito puede «perseguirse» sólo como medio para otros fines, y seguirá habiendo dolo directo de primer grado.[65]

84 b) En el **dolo directo de segundo grado** el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como *seguro* (o *casi seguro*)[66] que su actuación dará lugar al delito. Aquí el autor no llega a «perseguir» la comisión del delito, sino que ésta se le representa como consecuencia necesaria. Pero no bastaría un «saber» no actualizado en la consciencia del sujeto: no bastaría un saber olvidado o del que no fuera consciente el sujeto al actuar.[67]

85 *Ejemplo:* En el famoso caso Thomas, sucedido en 1875, el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto para caso de hundimiento. Aunque no tenía ningún interés en causar la muerte de ninguna persona, sabía que ello sería inevitable, porque había tripulación a bordo.

86 ¿Deben incluirse también en el dolo directo de segundo grado las **consecuencias necesariamente unidas a la consecución de una meta que se persigue pero que no es segura,** si se alcanza dicha meta y con ella sus consecuencias necesarias?[68] Aunque aquí las consecuencias no son seguras, puesto que dependen de una meta incierta, como el autor persigue esta meta a conciencia de que conlleva aquellas consecuencias, éstas han de considerarse sin duda abarcadas por la voluntad. Sin embargo, no puede decirse ni que el sujeto las persiga (dolo de primer grado) ni que sepa seguro o prácticamente seguro que van a tener lugar (dolo directo de segundo grado). Se trata, en puridad, de un caso de dolo eventual.

87 c) Si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia *inevitable*, en el **dolo eventual** (o dolo condicionado) se le aparece como resultado *posible* (eventual). En esto hay acuerdo en la doctrina. Pero las opiniones se separan profusamente a la hora de precisar este punto de partida, de modo que sea posible distinguir el dolo eventual de la **culpa consciente** (modalidad de imprudencia). Como se verá al estudiar el tipo imprudente, esta clase de culpa supone también que el autor se representa el delito como posible. Nótese, pues, que el dolo eventual y la culpa consciente parten de una *estructura común* que hace dificultosa su neta diferenciación: A) en ninguno de ambos conceptos se desea el resultado; B) en ambos reconoce el autor la posibilidad de que produzca el resultado.

88 Sin embargo, como forma de dolo, el dolo eventual lleva aparejada la **penalidad** correspondiente al delito doloso, en tanto que la culpa consciente, por ser modalidad de imprudencia, determina únicamente las penas señaladas al delito

65. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 402; Stratenwerth, AT, 8/102 ss.
66. Cfr. Welzel, Lb, p. 67 (=trad. p. 99); Jescheck, Tratado, p. 404.
67. Cfr. Welzel, Lb, p. 65 (=trad. p. 96); Stratenwerth, AT, 8/107.
68. En sentido afirmativo Welzel, Lb, p. 68 (=trad. p. 100); Stratenwerth, AT, 8/108.

imprudente, siempre más leves, o la impunidad cuando la imprudencia no es punible —lo que constituye la regla general en el actual CP—. Es lógico, pues, que la doctrina se haya esforzado en distinguir dos conceptos tan próximos y, no obstante, de tan distintas consecuencias jurídico-positivas.

89 Entre las numerosas teorías que a tal fin se han formulado, dos posiciones destacan por su importancia. A ellas cabe reconducir la mayor parte de formulaciones. Son la teoría del consentimiento (o de la aprobación) y la de la probabilidad (o de la representación).[69]

90 aa) Para la **teoría del consentimiento**, o **de la aprobación**, lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente es que el autor *consienta* en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo *apruebe*.[70] Suele expresarse esta idea acudiendo a un juicio hipotético: si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual? Si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual. Por el contrario, hay culpa consciente si el autor sólo lleva a cabo su actividad abrazándose a la posibilidad de que no se produzca el delito, y diciéndose: «si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría enseguida de actuar».[71]

91 Esta teoría ha conseguido numerosos adeptos[72] porque parece destacar como elemento diferencial de dolo e imprudencia un elemento equivalente a la «voluntad», la cual, junto al «conocimiento», se considera esencia del dolo. Mas el «consentir» en la posibilidad del resultado aprobándolo, supone algo más que el «querer» el resultado. Para «querer» no es preciso «aprobar».[73] En el uso del lenguaje también «quiere» quien «acepta», aunque sea a disgusto, como forma de «conformarse» o «resignarse». La «aprobación» que exige la teoría del consentimiento viene, pues, a distinguir el dolo eventual de la culpa consciente en base no a un momento estrictamente volitivo, sino a una *actitud interna* del autor que exige más que la voluntad.[74] Tal consecuencia resulta inadmisible en un Derecho penal no autoritario que no crea lícito castigar la esfera íntima del autor, sino sólo sus actos externos.

---

69. Para una exposición de estas teorías cfr.: Gimbernat, Estudios, pp. 244 ss.; Corcoy, ADPCP 1985, pp. 966 ss. Cfr. también SSTS 1531/2001 de 31 jul., 19/2005 de 24 en., 997/2005 de 13 jul., 1064/2005 de 20 set. y 1026/2007 de 10 dic.

70. Cfr. (en contra) Roxin, Grundlagenprobleme, p. 211.

71. Cfr. por ejemplo: Maurach, Tratado, I, p. 317; Jescheck, Tratado, pp. 407 s. La fórmula hipotética referida procede de Frank, StGB (1931), § 59 V.

72. En España constituye la doctrina dominante. Cfr., por ejemplo, Antón Oneca, PG, p. 202; Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 20; Jiménez de Asúa, Tratado, V, pp. 586 y 618; Cuello Calón, PG, I, pp. 444 s.; Quintano Ripollés, Curso, pp. 281 s.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 309. También la jurisprudencia tradicional: así SSTS 20 abr. 77, 19 dic. 78, 18 mar. 80, 4 jul. 80, 16 nov. 87, 9 jun. 89, 27 oct. 93y 388/2004 de 25 mar. Sin embargo, desde la sentencia de la colza de 23 abr. 92 ha ido ganando terreno en la jurispr. la teoría de la probabilidad: cfr. *infra* bb). Por otra parte, debe notarse que el TS no aprecia generalmente dolo eventual en materias socialmente adecuadas (tráfico, construcción) y sí, en cambio, en actividades ilícitas: así Corcoy, Criterios, pp. 143 ss. Luzón, Curso, p. 420, 426 s., propone una versión objetivizada de la teoría del consentimiento.

73. Así Welzel, Lb, p. 69.

74. Así Gimbernat, Estudios, p. 253.

92 Por otra parte, la teoría del consentimiento lleva a afirmar el dolo eventual en supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, si el autor no se oponía interiormente al resultado. Y al contrario, obliga a estimar sólo culpa consciente en actividades extremadamente peligrosas, con tal de que el autor, pese a ser consciente de su gran peligrosidad, desease que no produjese el resultado. Estas consecuencias resultan contradictorias con la función de protección de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal.

93 Finalmente, tampoco es admisible la fórmula hipotética según la cual el dolo dependería de si, de haber sabido seguro el sujeto que el delito se produciría, hubiese desistido o no de su conducta. De darse esta seguridad, la situación sería del todo distinta, por lo que es incorrecto compararla con las de inseguridad típica en que se cuestiona el dolo eventual. Es perfectamente imaginable que, ante la duda de si se producirá un delito que no desea u otro resultado que le interesa, el sujeto esté dispuesto a probar suerte aun *aceptando* sin reservas que pueda producirse el delito, y que en cambio no tuviese para él ninguna utilidad la acción si no pudiese con ella obtener en ningún caso el resultado no delictivo que persigue (casos en que el resultado perseguido y el eventual delito se excluyen mutuamente).[75]

94 *Ejemplo:* Alguien apuesta con otro a que logrará alcanzar con un disparo un vaso que tiene una muchacha en la mano; el tiro causa la muerte de la chica (caso de Lacmann).[76] Aunque el sujeto aceptara claramente la posibilidad de errar el disparo, es indudable que no lo deseaba y que, de haber sabido seguro que se hubiese producido, hubiera perdido todo sentido la apuesta y no habría disparado.

95 bb) A estas críticas no queda sujeta la **teoría de la probabilidad**, o **de la representación**.[77] Para ella, lo único decisivo es el *grado de probabilidad* del resultado advertido por el autor. Aunque las opiniones se dividen a la hora de determinar *exactamente* el grado de probabilidad que separa a dolo y culpa, existe acuerdo en este sector en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y de culpa consciente cuando la posibilidad de éste reconocida por el autor era muy

75. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 408; Stratenwerth, AT, 8/116; Cobo/Vives, PG, pp. 565 s.

76. ZStW 31 (1911), p. 159.

77. En España la defiende Gimbernat, Estudios, pp. 192 ss., que ve acogida dicha teoría en la STS 2 dic. 67, objeto de su comentario. En su Introducción, p. 46, cita además en el mismo sentido las SSTS 28 jun. 71 y 28 oct. 71. Más recientemente, el mismo, ADPCP 1990, pp. 421 ss., 428 ss., afirmando que, aunque la jurisprudencia se declare partidaria de la teoría del consentimiento, «en realidad y de hecho» aplica la teoría de la probabilidad. Comenta en este sentido la STS 28 nov. 86 y la de «Hipercor» de la Audiencia Nacional de 14 oct. 89. Coincide y acoge la t. de la probabilidad la STS 23 abr 92 sobre el síndrome tóxico. En esta línea también STS 20 abr. 94, 24 en. 2001, 14 en. 2002, 863/2006 de 13 set., 210/2007 de 15 mar., 374/2007 de 9 mayo y 466/2007 de 24 mayo. Según las SSTS 20 feb. 93 y 20 dic. 96, con la «Sentencia de la colza» «no se rompe del todo con la teoría del consentimiento», si no que sólo se atenúan sus exigencias, «al darlo por presunto desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción». Ver también STS 10 feb. 98.

lejana. No importa la actitud interna del autor —de aprobación, desaprobación o indiferencia— frente al hipotético resultado, sino el haber *querido* actuar pese a *conocer* el peligro inherente a la acción.[78]

96 Pero tampoco esta teoría está exenta de dificultades. En especial, puede reprochársele que le resulta difícil decidir si concurre dolo eventual o culpa consciente en los casos límite, es decir: cuando la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña. Es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra —el 20%, o el 30%, pongo por caso— como frontera de dolo y culpa consciente.[79]

97 Por otra parte, se objeta que para afirmar la presencia de dolo no basta con el «conocimiento» de la peligrosidad de una acción, sino que es preciso probar la concurrencia de una verdadera «voluntad».[80] Aquel conocimiento concurriría también en la culpa consciente.

98 cc) Ante las dificultades expresadas, un sector de la **doctrina alemana actual** se inclina hacia una postura, en parte ecléctica, que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento voluntativo. Se exige así, por una parte, que el sujeto *«tome en serio»* la posibilidad del delito y, por otra, que el mismo *«se conforme»* con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto.[81] Tomar en serio la posibilidad del delito equivaldría a «no descartar» que se pueda producir: a «contar con» la posibilidad del delito.[82] Conformarse con la posible producción del delito significa, por lo menos, «resignarse» a ella, siquiera sea como consecuencia eventual desagradable cuya posibilidad no consigue hacer desistir al sujeto de su acción: significa el grado mínimo exigible para que pueda hablarse de «aceptar» y, por tanto, de «querer». No concurrirá —y por tanto existirá sólo culpa consciente— cuando el sujeto actúa «confiando» en que el delito no se produzca.

---

78. Según las SSTS 181/2009 y 282/2010, "la infracción culposa o por imprudencia debe reunir los siguientes elementos: a) la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso; b) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido; y c) que se haya querido la misma conducta descuidada, con conocimiento del peligro, o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta (…). Por su parte, en cuanto al dolo eventual se ha señalado generalmente que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima. Dicho de otra forma, actúa con dolo quien, conociendo la alta probabilidad del resultado lesivo para el bien jurídico como consecuencia del riesgo creado con su acción, la lleva a cabo a pesar de ello, con lo cual demuestra la aceptación del probable resultado o, al menos, indiferencia hacia su producción o evitación".

79. Cfr. Roxin, Grundlagenprobleme, p. 230; Jescheck, Tratado, p. 407.

80. Así, en España, Cerezo, PG, II, 6ª ed., p. 144; Cobo/Vives, PG, pp. 564-566.

81. Cfr. en este sentido Jescheck, pp. 404 ss., con ulteriores referencias bibliográficas. Ver SSTS 474/2005 de 17 mar., 574/2007 de 30 mayo, 1228/2005 de 24 oct. y 978/2007 de 5 nov.

82. La fórmula del «contar con» es de Welzel, Lb, pp. 68 ss. Pero a este autor le parece suficiente —sin necesidad de añadir el «conformarse con»— para el dolo eventual. Del mismo modo, Stratenwerth, a quien principalmente se debe la fórmula del «tomar en serio», considera que ésta basta por sí sola (cfr. ZStW 71 [1959], p. 58). Así, STS 22 en. 97.

Mi opinión es la siguiente: **99**

1º) El dolo exige **conocimiento** de la *concreta* capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir el sujeto —como pretende la teoría de la probabilidad—, cuanto de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que *en su caso* puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta. No importa la sola conciencia de la probabilidad *estadística*, sino el *pronóstico concreto* de lo que puede ocurrir en el caso particular.[83] Es posible que el sujeto esté convencido de que, pese a la peligrosidad estadística que advierte en la acción, en su caso no va a dar lugar al delito. Tal convicción podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba (p. ej., en la posibilidad de control del peligro que tiene el sujeto u otra persona), pero también en motivos irracionales, como la superstición, aunque el juez no podrá partir de esto último salvo que existan pruebas que lo confirmen.[84] Esta posibilidad de coexistencia de la conciencia del peligro estadístico y, a la vez, de la creencia de que no va a realizarse, es lo que permite la existencia de la culpa consciente.[85] **100**

2º) Es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero **«querer» como «aceptar»**. También es acertado señalar que para ese aceptar basta el *«conformarse con»*, que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma de querer concurre *necesariamente* siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente (o, si se prefiere, siempre que se decide llevar adelante)[86] la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto.[87] Quien «toma en serio» la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa. La aceptación va implícita en el actuar voluntariamente *sin descartar* la probabilidad del delito, del mismo modo que querer la conducta a conciencia de la probabilidad rayana en la seguridad de que produzca el resultado típico implica la aceptación en el dolo directo de segundo grado.[88] **101**

---

83. En la práctica, para considerar que el sujeto no descarta la probabilidad del resultado bastará generalmente la prueba de que era consciente de su gran probabilidad: así, la STS 3 mayo 82, que tiende un puente entre la teoría del consentimiento y la de la probabilidad. Sin embargo, es cierto que la conciencia de la probabilidad no impide que el sujeto descarte que en su caso vaya a producirse el resultado, como señala Luzón Peña, Comentario a la STS 28 mayo 86, RDCir 1986, y como se indica en el texto y en la nota 67.

84. Para negar el dolo exige, en cambio, en todo caso, que el peligro se halle objetivamente controlado (*«abgeschirmte Gefahr»*) Herzberg, JuS 1986, p. 254. En contra también de admitir el dolo sobre la base de una convicción irracional: Corcoy, ADPCP 1985, p. 973; Silva, ADPCP 1987, p. 652; Rodríguez Montañés, Delitos de peligro, p. 62; Luzón, Curso, pp. 426 s.

85. Cfr. Roxin, Grundlagenprobleme, pp. 229 s.; Kindhäuser, ZStW, 96 (1984), p. 27, que destaca que la culpa consciente supone siempre una «inconsecuencia»: pese a que el sujeto advierte que puede producir el delito, cree que no será así, lo que supone un error de cálculo. Afirma también la existencia de un error (p. ej., el sujeto cree que puede evitar el resultado lesivo) en la culpa conciente como elemento diferencial respecto del dolo eventual Corcoy, ADPCP 1985, pp. 970 s., y Delito imprudente, pp. 282 ss.

86. Utiliza la expresión «decisión en favor de la posible lesión del bien jurídico» Roxin, AT § 12/23. También Hassemer, ADPCP 1990, pp. 916.

87. Así, la STS 11 sep. 96 afirma que disparar un arma conociendo una alta probabilidad de que lesione a unas personas «implica la aceptación de aquel riesgo». También STS 27 jun. 97, 19 oct. 2001.

88. Cfr. Luzón, Curso, pp. 420, 426, aunque considera que no excluye la aceptación una confianza irracional en la no producción del hecho.

102 3º) La aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro es necesaria, como se ha dicho, para el dolo eventual, pero sólo a condición de que —como me parece correcto— **no se exija la aceptación del *resultado* delictivo, sino sólo de la *conducta* capaz de producirlo**.[89] El dolo se exige como elemento de la conducta peligrosa *ex ante*, que no incluye el resultado. Para que la conducta pueda ser desvalorada intersubjetivamente y sea prohibible al hombre medio como conducta dolosa, basta que el dolo se extienda a ella y, en particular, a su peligrosidad. Cuando el sujeto no descarta que su conducta pueda lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible «confiar en» que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación. Concurre dolo eventual. La dogmática tradicional, centrada en la causación del resultado, tropezará, en cambio, con la dificultad de que querer —aceptar— la acción reconocida como concretamente peligrosa no implica forzosamente querer el resultado que pueda producir. Ello confirmaría que basta para el dolo querer la conducta prohibida, sin que sea preciso aceptar, además, el resultado. Piénsese en quien, pese a considerar muy probable el resultado y no creer posible confiar en que no se produzca, actúa en la esperanza de que no tenga lugar y hace votos por que no sea así. Este sujeto acepta el riesgo y no le detiene la posibilidad de que se produzca el resultado, pero desea fervientemente que no tenga lugar: sin duda debe afirmarse la presencia de dolo eventual y, sin embargo, es difícil decir que se «quiere» el resultado.

103 *Ejemplo:* El terrorista que cumpliendo órdenes se aviene a colocar una bomba en un local en el que sabe que es muy posible que se encuentre un amigo suyo, lo hace con plena conciencia de que éste morirá si efectivamente se halla presente en el lugar de la explosión, pero desea con todas sus fuerzas que no sea así. Si supiera seguro que su amigo morirá, no pondría la bomba, pero ante la posibilidad de que no sea así acepta correr el riesgo esperando que no se realice, aun sabiendo que puede fácilmente no ser así. No cabe duda de que concurrirá dolo eventual si la muerte tiene lugar y, no obstante, será difícil afirmar que el terrorista «quería» el resultado.

2. *Ausencia de dolo típico: error de tipo*

Bibliografía

Alonso Álamo, Notas para un tratamiento diferenciador del mal llamado *dolus generalis*, en Homenaje al Prof. Dr. G. Rodríguez Mourullo, 2005; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *el mismo*, Sobre las desviaciones causales: consumación anticipada y dolus generalis, ADPCP 1995, pp. 339 ss.; *Bacigalupo*, Tipo y error, 1973; *el mismo*, La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto CP 1980, en La Ley, 16 en. 1981; *el mismo*, El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V, v. 1º, 1985, pp. 53 ss.; *Backmann*, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, pp. 113 ss.; *el mismo*, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, pp. 196, 1973, pp. 30 ss., y 1974, pp. 40 ss.; *Bemann*, Die Objektverwechselung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter, en Festschrift f. Stree/Wessels, 1993,

89. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 76 s. En el mismo sentido Wolfgang Frisch, Vorsatz, pp. 57 s., 407 ss. También, utilizando en parte mis propias palabras, la STS 1079/2002 de 6 jun. declara: "como quiera que el instante correcto para calificar el dolo del autor es el de la acción típica, será en una consideración «ex ante», cuando deba juzgarse sobre la aceptación de tal resultado, *bastando o siendo suficiente con aceptar no* ***exactamente*** *el resultado delictivo sino la conducta capaz de producirlo*".

pp. 397 ss.; *Berdugo*, Casos especiales de error de tipo, en Cuadenos de Derecho Judicial, 1993, pp. 237 ss.; *Busch*, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, en Festschrift für E. Mezger, 1954, pp. 165 ss.; *Castro*, El error sobre las circunstancias atenuantes, 2003; *Córdoba*, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962; *Darnstädt*, Der Irrtum über normative Tatabestandsmerkmale im Strafrecht, JuS 1978; *Díaz y García*, Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error, en A.A.V.V., Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. J. R. Casabó, 1997, pp. 657 ss.; *el mismo*, ¿Error de tipo o error de hecho?, en A.A.V.V., El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. J.M. Valle Muñiz, 2001, pp. 207 ss.; *el mismo*, Algunas cuestiones del error en Derecho penal, en A.A.V.V., Problemas fundamentais do Direito penal, Lisboa 2002; *el mismo*, El error sobre elementos normativos de tipo penal, 2008; *el mismo*, El error en el derecho penal económico, en Demetrio/Serrano-Piedecasas (dirs.), Cuestiones actuales de derecho penal empresarial, 2010; *Díez Ripollés*, Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 CP español, ADCP 1977; *Díez Ripollés/Gracia Martín*, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, 1993; *Donna*, Teoría general del error, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Driendl*, Irrtum oder Fehlprognose über abweichende Kausalverläufe, GA 1986, pp. 253 ss.; *Fakhouri*, Delimitación entre error de tipo y error de prohibición, 2009; *la misma,* Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie, GA, 2010; *la misma*, Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad, en InDret 3/2011; *Fernández Carrasquilla*, Delito y error, Bogotá, 1990; *Ferrer Sama*, El error en Derecho penal, 1941; *el mismo*, Error, en NEJ, VIII (1956), pp. 647 ss.; *García Vitoria*, Tratamiento del error en el CP español, en Estudios penales y criminológicos, XI, 1989, pp. 149 ss.; *Franke*, Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe, JuS 1980, pp. 172 ss.; *Geppert*, Zum «error in persona vel objecto» und zur «aberratio ictus»..., Jura 1992, pp. 163 ss.; *Gössel*, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974; *Haft*, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale, JA 1981, pp. 281 ss.; *Herzberg*, Aberratio ictus und abweichende Tatverlauf, ZStW 85 (1973), pp. 867 ss.; *el mismo*, Aberratio ictus und error in objecto, JA 1981, pp. 369 ss., 470 ss.; *el mismo*, Tatbestands- oder Verbotsirrtum, GA 1993, pp. 439 ss.; *Hettinger*, Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines «Irrtums über den Kausalverlauf»?, en Festschrift f. Spendel, 1992, pp. 237 ss.; *Hruschka*, Der Standardfall der aberratio ictus und verwandete Fallkonstellationen, JZ 1991, pp. 488 ss.; *Arthur Kaufmann*, Einige Anmerkungen zu Irrtümer über den Irrtum, en Festschrift f. Lackner, 1987, pp. 185 ss.; *Kindhäuser*, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990, pp. 407 ss.; *Krümpelmann*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978, pp. 6 ss.; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzauschließendem Irrtum, 1987; *Küper*, Zur irrigen Annahme von strafmilderungsgründen, GA 1968, pp. 321 ss.; *Lang-Hinrichsen*, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtums, JR 1952, pp. 184 ss.; *Loewenheim*, Error in objecto und aberratio ictus, JuS 1966, pp. 310 ss.; *Luzón Peña*, Dolo y dolo eventual: reflexiones, en Manuales de formación continuada, 1999; *Luzón Peña*, Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en CDJ, 2006; *Maiwald*, Der «dolus generalis», ZStW 78 (1966), pp. 30 ss.; *Maqueda*, De nuevo acerca del error sobre circunstancias, en A.A.V.V., La Ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. J. Cerezo Mir, 2001; *Maqueda Abreu*, El error sobre las circunstancias, CPC 21 (1983), pp. 699 ss.; *H. Mayer*, Das Problem des sogennanten dolus generalis, JZ 1956, pp. 109 ss.; *Mir Puig*, Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983, en Rev. Jur. Castilla-La Mancha, 1989, pp. 97 ss.; *el mismo*, La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho penal, en CDJ, 1993, pp. 197 ss.; *Molina Fernández*, Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, Icade, 2008; *Muñoz Conde*, El error en Derecho penal, 1989; *Niertwetberg*, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum, Jura 1985, pp. 238 ss.; *Peñaranda Ramos*, Concurso de leyes, error y participación en el delito, 1991; *Pérez Alonso*, El error sobre las circunstancias del delito, 2013; *Prittwitz*, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, pp. 110 ss.; *Puppe*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, pp. 145 ss; *la misma*, Error de hecho, error de derecho, error de subsunción, CPC nº 47 (1992), pp. 349 ss.; *la misma*, Zur Revision der Lehre vom «konkreten» Vorsatz und der Beatlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, pp. 1 ss.; *Robles Planas*, Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal, en Frisch/Robles, Desvalorar e imputar, 2004; *Rodríguez Mourullo*, Legítima defensa real y putativa en la doctrina del TS, 1976; *Rodríguez Ramos*, Sobre el error de tipo y el error de prohibición en el Proyecto de CP, en La Ley, 5 dic. 1980; *Roxin*, Gedanken zum «dolus generalis», en Festschrift für Würtenberger, 1977, p. 109; *el mismo*, Rose-Rosahl redivivus, en Festschrift f. Spendel, 1992, pp. 289 ss.; *Ruiz de Erenchun*, Desviaciones del curso causal e imputación objetiva, La Ley - Actualidad

Penal, nº 44, 1997; *Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Götinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, pp. 175 ss.; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmekmale im Strafrecht, 1983; *la misma*, Grundfälle zum Bewertungsirrtum..., JuS 1985, pp. 373 ss.; *la misma*, Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JuS 1993, pp. 14 ss.; *Schröder*, Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR, 1951, pp. 387 ss.; *F. Chr. Schroedeer*, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, pp. 321 ss.; *Silva*, Aberratio ictus e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss.; *Streng*, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters, JuS 1991, pp. 910 ss.; *Suay Hernández*, Los elementos normativos y el error, ADPCP 1991, pp. 97 ss.; *Trapero Barreales*, El error en las causas de justificación, 2004; *Walter*, Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006; *Warda*, Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte beim error in obiecto, en Festschrift für Blau, 1985, pp. 159 ss.; *Welzel*, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, MDR 1952, pp. 594 ss.; *Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf..., ZStW 89 (1977), pp. 649 ss.; *Zugaldía Espinar*, El tratamiento jurídicopenal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley org. del CP español de 1980, CPC, nº 15 (1981), pp. 511 ss.; *el mismo*, Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del CP..., en CDJ, 1993, pp. 167 ss.

(Ver también bibliografía de la Lección 21).

A) *Concepto*

104 Si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto*. Tal es la esencia del **error de tipo**, que se distingue del **error de prohibición** en que éste último no supone el desconocimiento de un elemento de la *situación* descrita por el tipo, sino (sólo) del hecho de *estar prohibida* su realización (así SSTS 1228/2002 de 2 jul., 1219/2004 de 10 dic., 163/2005 de 10 febr. y 862/2006 de 21 set.).

105 *Ejemplos:* Quien dispara sobre un cazador tomándolo equivocadamente por una pieza incurre en error de tipo, pues desconoce un elemento esencial del tipo de homicidio, que requiere que se mate a «otro» hombre (art. 138 CP). Quien creyendo erróneamente que la ley lo permite, da muerte a un delincuente que huye, actúa en error de prohibición, pues conoce los elementos del tipo (que mata a otro), pero entiende que su realización no está prohibida.

106 Adviértase que en la concepción tradicional del dolo como *«dolus malus»*, el error de prohibición excluía también el dolo (porque el dolo malo requiere no sólo conocer y querer la situación típica, sino también que su realización es antijurídica, esto es, prohibida por la ley). Ésta era la llamada **«teoría del dolo»**. En cambio, referido el dolo solamente a los elementos del supuesto de hecho («dolo natural»), el error sobre el estar prohibido del mismo no excluye el dolo, sino que, según la doctrina dominante, sólo disminuye o excluye la culpabilidad. Esta es la **«teoría de la culpabilidad»** (cfr. Lección 21).

107 Se discute la naturaleza del **error sobre los presupuestos de una causa de justificación**. Por afectar como el error de tipo al supuesto de hecho prohibido por la norma, y no a ésta, no puede admitirse la opinión del finalismo ortodoxo que lo considera constitutivo de «error de prohibición», sino que ha de atribuírsele la misma significación que al error de tipo, cuyo tratamiento ha de compartir (cfr. Lección 16, I 5 y Lección 21, II 2).

108 Del error de tipo deben distinguirse, también los supuestos de **desconocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, de alguna causa personal de exclusión de la pena o de la posibilidad de imputación personal**.[90] Como las condiciones objetivas de punibilidad no precisan ser abarcadas por el dolo, el error acerca de las mismas es irrelevante y carece de efectos jurídico-penales. Lo mismo sucede, y por idéntica razón, respecto al error relativo a una causa personal de exclusión de la pena. Mayor complejidad encierra el tratamiento jurídico-penal del error sobre la posibilidad de imputación personal (el llamado «error sobre la culpabilidad»), que se estudiará en su momento (vid. infra, Lec. 24, II 2 B).

109 La terminología «error de tipo» ha sustituido en la doctrina actual la anteriormente empleada de **«error de hecho»**, del mismo modo que la expresión «error de prohibición» ha desplazado a la anterior de **«error de Derecho»**.[91] La razón es que el tipo puede contener tanto elementos de hecho como de Derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hecho o de Derecho.

B) *Tratamiento jurídico-positivo*

110 Debe distinguirse entre **error sobre elementos esenciales y elementos accidentales** del tipo.

a) *Error sobre elementos esenciales*

111 Pueden suceder dos cosas: que el error sea *vencible* o que sea *invencible*. **Error vencible** es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse error «imprudente». **Error invencible** es, por el contrario, el que no hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida (error «no imprudente»). De esta característica ya se desprende el tratamiento que, en principio, merezcan ambas clases de error:

112 a') El **error vencible** excluirá el dolo pero no la imprudencia por lo que procederá, de ser punible ésta en el delito de que se trate, la estimación de la modalidad de *imprudencia* correspondiente. Ahora bien, en el CP actual la imprudencia no es punible en la mayoría de delitos (ver Lección 11), por lo que el error vencible determinará generalmente la impunidad.[92]

---

90. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 421 s.

91. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 412. En España la distinción «error de tipo» y «error de prohibición» no sólo se halla ya generalmente acogida por la doctrina, sino también por el TS: cfr. sobre esto Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, pp. 78 ss., comentando especialmente la STS 20 mar. 72. Vid. también STS 25 nov. 87.

92. Según la STS 5 febr. 2001, la jurisprudencia del TS tiene establecido que en casos de duda no hay error, ni siquiera vencible, sino dolo eventual.

113 b') El **error invencible** excluirá tanto el dolo como la imprudencia, por lo que en principio dará lugar a la *impunidad*, pues en el Derecho positivo general sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos, de modo que la pura causación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta *atípica*.

114 Este planteamiento fue introducido expresamente en el CP por la reforma de 25 junio 1983 y ha sido ratificado por el art. 14, 1 del actual CP. Según su primer inciso, «el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal». El segundo inciso del mismo número añade: «Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

115 El número 1 del art. 14 CP que acabamos de citar regula el error *de tipo*, mientras que el número 3 del mismo artículo regula el error *de prohibición*.[93] El error sobre un elemento del tipo de injusto constituye, en efecto, un error «sobre un hecho constitutivo de la infracción penal».

116 También se refiere a un elemento de esta última clase el error sobre algún presupuesto típico de una causa de justificación, porque igualmente afecta a «un hecho constitutivo de la infracción penal». Mas esta especie de error, así como el de prohibición, han de ser examinados más adelante (cfr. *infra*, Lección 16, I 5 y Lección 21, II 2).

117 Se ha criticado la terminología del actual art. 14 CP, al distinguir entre error «sobre un *hecho* constitutivo de la infracción penal» y error «sobre la *ilicitud* del hecho constitutivo de la infracción penal», separándose tanto de la contraposición clásica error de hecho y de *Derecho*, como de la actual de error de *tipo* y de prohibición.[94] Para que no quede una zona no cubierta por el término «hecho» ni por la expresión «ilicitud del hecho», habrá que incluir en el primero los elementos jurídicos del tipo o de las causas de justificación. Así, el error sobre la *ajenidad* de la cosa sustraída debe considerarse error sobre un hecho constitutivo del tipo del hurto — y tanto si el error se debe a una confusión fáctica de una cosa ajena por otra propia, como si procede de desconocimiento de una norma de Derecho civil que atribuye a otro la propiedad de la cosa—. En todo caso el error sobre la ajenidad determinará una comprensión errónea del *hecho* que se realiza: se creerá realizar un hecho consistente en tomar una cosa propia cuando en realidad el hecho efectuado es tomar una acosa ajena.

118 La **suposición errónea** de que concurre algún elemento esencial del tipo de injusto (**«error al revés»**) plantea una problemática totalmente distinta: da lugar a una *tentativa inidónea* (sobre este tema cfr. Lección 13, V).

---

93. Ésta es la interpretación dominante del art. 20 Proyecto 1980, y del anterior art. 6 bis a) CP: cfr. p. ej., los trabajos de Mir Puig, Muñoz Conde, Rodríguez Ramos, Bacigalupo y Zugaldía citados en la bibliografía.

94. Cfr. Gimbernat, Prólogo al Código penal de Tecnos, 1995, p. XXIII.

b) *Error sobre elementos accidentales*

a') *Error sobre elementos que elevan la pena*

119 Según el art. 14, 2 CP, «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación». Las «circunstancias agravantes» son sólo las expresadas bajo esta designación en el art. 22 CP y, cuando agrave, en el artículo 23 CP. Sólo a éstas se refiere el **art. 65 CP**, básicamente coincidente con el art. 60 del CP anterior,[95] que antes de la reforma de 25 junio 1983 podía tomarse como base de la regulación del error sobre circunstancias modificativas. A diferencia de este otro precepto, el actual art. 14, 2 se refiere también a los elementos típicos accidentales («hecho que cualifique la infracción»).[96]

120 Según el art. 65, 2, las circunstancias agravantes o atenuantes «que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido *conocimiento* de ellas en el momento de la acción o su cooperación para el delito. El nº 1 del mismo artículo establece, en cambio, que «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos *en quienes concurran*». En realidad, este precepto se refiere al problema de la **comunicabilidad de circunstancias entre codelincuentes** (si concurren varios sujetos en un delito, ¿a quiénes son extensibles —comunicables— las circunstancias modificativas?). Tratándose de circunstancias *objetivas*, el art. 65, 2 las extiende a todos los que las conocen, mientras que respecto a las *personales* restringe su apreciación a los sujetos en quienes concurren. Ello podía servir, antes de que en 1983 se introdujera el art. 6 bis a) (antecedente del actual art. 14), para afirmar la necesidad de conocimiento de las circunstancias objetivas y su no estimación en caso de desconocerse. No era lícito, en cambio, deducir que no fuera necesario conocer las circunstancias personales, puesto que el art. 65, 2 (como el anterior art. 60) sólo dice que tales circunstancias se aplicarán (únicamente) «en quienes concurran», pero no niega que para que concurran en ellos deban conocerlas. Ya antes del anterior art. 6 bis a) la esencia de las dos circunstancias agravantes más claramente personales, la reincidencia y el parentesco, requería el conocimiento de sus presupuestos (así, la condena anterior en la reincidencia y el parentesco en la circunstancia de este nombre).[97] El art. 6 bis a) vino a confirmar esta interpretación, al exigir el conocimiento de *todo* elemento que agrave la pena.

121 Al utilizar el art. 6 bis a) el término «elemento» en lugar de «circunstancia», parecía querer abarcar tanto las «circunstancias que agravan la pena» o agravantes en sentido estricto, como a los elementos cualificativos específicos de una determinada figura de delito. Era

95. Cfr. infra Lec. 15, II, 3, C, donde se recoge la doctrina española favorable a esta afirmación. En contra desde el prisma del tratamiento del error que aquí importa, Maqueda Abreu, CPC 1983, p. 711.

96. La redacción legal procede de la fórmula diferenciada de la Propuesta Alternativa de Parte General del CP del PC-PSUC, que se refería a «el error sobre un elemento del hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante»: cfr. CPC, nº 18 (1982), p. 621. Así la propuesta de Mir Puig, RFDUC, 3, monográfico (1980), p. 49.

97. Cfr. Mir Puig, La reincidencia en el CP, 1974, pp. 294 ss. y Adiciones, p. 426; Córdoba, El parentesco como circunstancia mixta..., ADPCP 1967, p. 175; Bajo Fernández, El parentesco en Derecho penal, 1973, pp. 57 s.; Díaz Ripollés, Naturaleza de las circunstancias..., ADPCP 1977, p. 649. Según se desprende de estas obras, la jurispr. del TS es favorable a ello: cfr. por ejemplo, SS 23 febr. 66 y 15 nov. 71.

preferible, no obstante, evitar la expresión «agravar la pena» para referirse a los elementos cualificativos típicos.

122 El art. 14, 2 no distingue el tratamiento del error invencible y del error vencible sobre elementos accidentales. En ambos casos el error «impedirá su apreciación».[98]

123 ¿Qué ocurre en caso de **suposición errónea** de elementos accidentales, genéricos o específicos? («error al revés»: se cree equivocadamente que concurren elementos que elevan la pena). Ej.: el autor del hurto creía que la cosa hurtada se hallaba destinada a la prestación de servicios de interés general (art. 235, 3º CP). Ha de reputarse *irrelevante* y castigarse según *el delito* base, sin cualificar, porque no existe ningún precepto que permita castigar más en este supuesto.

124 Así, no cabría afirmar concurso del delito base consumado con la tentativa inidónea del delito cualificado —lo que, según el art. 77 CP, llevaría a la pena del más grave en su mitad superior—, porque para que existiese tentativa inidónea sería preciso que «el delito» no se hubiera llegado a realizar (art. 16 CP), y aquí se ha cometido —porque el delito cualificado es el «mismo delito» que el delito base ejecutado.

b') *Error sobre elementos que disminuyen la pena*

125 a'') Desconocimiento de **«circunstancias atenuantes»** en sentido estricto: arts. 21 y 23 CP. Puesto que no se menciona en el art. 14, debe seguirse partiendo del art. 65 CP. Pero como se vio *(supra a')*, este precepto sólo regula expresamente el desconocimiento de las circunstancias **objetivas** (nº 2), y no decide si para que «concurran» las **personales** (nº 1) es preciso su conocimiento. Para esto deberá acudirse a la *ratio* de las circunstancias. De ello se seguirá que habrá que conocer los presupuestos objetivos de las circunstancias atenuantes siempre que afecten al *injusto* y su fundamento haya de verse en que suponen un determinado *motivo* que ha de influir efectivamente en el sujeto (así el parentesco cuando atenúa: art. 23).

126 Distinta es la situación respecto a las atenuantes que no afectan al injusto, sino a la **imputación personal** (como las atenuantes de adicción del art. 21, 2ª o de arrebato u obcecación del art. 21, 3ª). El error sobre las mismas no constituye error de tipo, sino que sigue las reglas del error sobre la imputación personal (cfr. Lección 24, II 2 B).

127 b'') Desconocimiento de **«elementos típicos accidentales»** que disminuyen la penalidad (*privilegiantes*). Puesto que, como se dijo, respecto a las personales no es aplicable el art. 65 CP (*supra* a''), todo dependerá de la *ratio* respectiva. Cuando requieran que el sujeto actúe impulsado por un determinado *motivo*,

98. Así lo resuelve expresamente la propuesta Alternativa del PC-PSUC, cit.: CPC 18 (1982), p. 621. Así también la propuesta de Mir Puig, op. cit., p. 49.

deberán conocerse sus presupuestos. En cambio, es discutible si es extensible el criterio del art. 65, 2 respecto de los elementos accidentales que rebajan la pena por disminución del injusto *objetivo*. Esta solución (no atenuación en caso de desconocimiento) no parece admisible en cuanto supondría aplicar lo dispuesto en aquel precepto más allá de su letra y, por tanto, analogía *in malam partem*, prohibida. Es preferible la solución contraria,[99] en cuanto el desconocimiento de una circunstancia que rebaje la pena venga a constituir una situación análoga a la suposición de una circunstancia que la eleva, pues no atenuar en aquel caso vendría a contradecir el criterio sentado en éste otro, de no agravación.

128 *Ejemplo:* El que deja en libertad a quien tenía encerrado dentro de los tres días de su detención (art. 163, 2 CP), pensando erróneamente que este plazo ya había transcurrido, desconoce un elemento que disminuye la pena, pero ello implica inevitablemente la suposición de otro que, en comparación con la situación real, la «eleva». Negar la aplicación del tipo atenuado del nº 2 del art.163 supondría, pues, elevar la penalidad por la suposición errónea del tipo descrito en el nº 1 del mismo artículo, lo que ya se dijo que no era lícito (*supra a'*).[100]

C) *Modalidades particulares de error*

129 *a)* **Error sobre el objeto**. El supuesto más importante lo constituye el ***error in persona***: se confunde a la víctima, tomándola por otra persona. Deben distinguirse dos supuestos:

130 a') El error versa sobre **persona que goza de protección penal especial** (p. ej.: el Rey). El hecho equivocadamente realizado puede merecer una calificación distinta a la que hubiese correspondido al hecho que se quería ejecutar. Ejemplo: creyendo que se mata al Rey (art. 485) se da muerte a un ciudadano que no goza de protección penal especial (homicidio: art. 138) o viceversa. El error será *relevante* (esto es: tendrá consecuencias jurídicas).

131 En el ejemplo propuesto no excluirá el dolo respecto al homicidio producido, porque se quería matar al Rey y ello implica que se quería matar a un hombre (porque el Rey también lo es); pero el error *in persona* obligará a castigar, además de por homicidio doloso, por tentativa inidónea de un delito contra la Corona (en «concurso ideal de delitos»: art. 77 CP)[101] (sobre el concepto de concurso ideal de delitos cfr. *infra*, Lección 27, II). En el caso contrario, del

99. En este sentido Jescheck, p. 416; Schönke/Schröder/Cramer, § 16, Anm 27. En contra Maqueda Abreu, CPC 1983, p. 714.

100. Por lo dicho supra, a'), tampoco cabe apreciar tentativa inidónea respecto al tipo cualificado que se cree realizar. Admite, en cambio, concurso ideal del tipo privilegiado y tentativa del cualificado Roxin, AT, § 12/126.

101. Cfr., en este sentido, Gracia Martín, Comentarios al Código penal PE, I, p. 61. De acuerdo Gimbernat, ADPCP 1992, p. 844, nota 23. Ahora también Cerezo, PG, II, 6ª ed., p.142. Aprecia sólo

que queriendo matar a un particular mata al Rey, el error impedirá apreciar un regicidio doloso. Concurrirá solamente un homicidio doloso, porque se quería matar a un hombre y el Rey también lo es.[102]

132 b') El error versa sobre **persona protegida de la misma forma** por la ley penal que la que se creía atacar. Ejemplo: creyendo disparar sobre Pedro, lo hago sobre Juan; o confundo a una hija del Rey con la otra. El error será *irrelevante*, porque para el tipo de homicidio, es suficiente que se mate voluntariamente a «otro», o, en el art. 485 CP, a un «descendiente» del Rey, y no es preciso conocer la concreta identidad de la víctima. Quien mata a Pedro creyendo matar a Juan, ha querido «matar a otro», igual que si hubiera acertado en la identificación. Con o sin error deberá apreciarse, pues, el mismo tipo de homicidio.[103]

133 *b)* **Error sobre el proceso causal**: se quería causar el resultado pero *por otro conducto*. Pueden suceder dos cosas:

134 a') Que la desviación del proceso causal **excluya la posibilidad de imputación objetiva** del resultado por ruptura de la necesaria relación de riesgo del mismo con la conducta. Ejemplo: Se quería matar, pero sólo se hiere, y el herido muere por un accidente que sufre la ambulancia. Puesto que faltará la propia posibilidad de imputación objetiva del resultado a la conducta inicial (*vid. supra*, I, 3 C), no concurrirá el tipo *objetivo* del delito consumado (aunque subsistirá tentativa), sin que se plantee ya la cuestión del error en el tipo *subjetivo*.[104]

135 b') Que la desviación **no excluya la imputación objetiva** del resultado causado. El error será *irrelevante* si el riesgo concretamente realizado no constituye una *clase de riesgo* distinta a la abarcada con dolo directo o eventual[105] (ejemplo: es irrelevante que el disparo dirigido al corazón dé en otra parte vital, porque ambos riesgos son especies de la misma clase: matar de un disparo) y el modo de comisión equivocadamente empleado no determina un cambio de delito ni de circunstancias que afecten a la gravedad del hecho típico[106]. Por el contrario, será *relevante* el error cuando el modo de ejecución influya en la calificación del

---

el homicidio doloso consumado Bajo, Manual de Derecho penal, PE, Delitos contra las personas, p. 52. Sobre esta discusión y sus bases concursales cfr. Peñaranda, Concurso, pp. 136 ss.

102. Sobre el estado de la cuestión en la doc. española cfr. Peñaranda, Concurso, pp. 141 ss. De acuerdo Gracia Martín, Comentarios al Código Penal PE, I, p. 61. Tradicionalmente, con anterioridad a la Reforma de 1983, que suprimió el art. 50 CP, los casos de error in persona relevantes se resolvían por la doc. dom. y la jurispr. según dicho precepto.

103. Doctrina absolutamente dominante. Por todos cfr. Loewenheim, JuS 1966, p. 312. Ésta es también la solución de la jurisprudencia, vid. SSTS 421/2003 de 10 abr. y 510/2003 de 3 abr.

104. Cfr, Roxin, AT, § 12/141; Martínez Escamilla, Imputación, p. 316.

105. Cfr. Silva, ADPCP 1984, pp. 362 s. y 373. Cfr. también Hruschka, Strafrecht, pp. 12 s. Roxin, AT, §12/139 ss., propone para la imputación del dolo (cuestión que considera valorativa y no meramente psicológica) el criterio de la «realización del plan» del autor, según una valoración objetiva de dicho plan.

106. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 418 s.; Gimbernat, Introducción, p. 50.

hecho o en sus circunstancias relevantes en orden a la responsabilidad penal, o cuando el riesgo realizado sea de otra clase que el abarcado por el dolo. Aquí cabe incluir los casos en que el resultado se produce por una **acción anterior o posterior** a la dolosa. Ejemplo: el autor cree haber matado a su víctima a consecuencia de estrangulamiento voluntario, cuando en realidad sólo le ha privado de sentido, y, para ocultar lo que cree un cadáver, arroja al mar el cuerpo aún con vida. La autopsia pone de manifiesto que había agua en los pulmones y que, por tanto, la muerte se produjo en el agua.[107]

136 *c) **Aberratio ictus*** (o **desviación del golpe**). Se diferencia del error *in objecto* en que no supone la confusión del objeto por otro, sino sólo que se yerra la dirección del ataque. Ejemplo: el autor sabía que aquél a quien apuntaba con el arma era Pedro, pero no dio en el blanco y la bala alcanzó a otra persona. Respecto del error en el proceso causal, la diferencia es que en la *aberratio ictus* el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar.

137 a') ¿Qué consideración merece la *aberratio ictus* cuando el resultado causado y el buscado poseen la **misma significación jurídico-penal**? Ejemplo: se apuntaba a Pedro y se mata a Juan. La doctrina alemana dominante cree necesario, pese a la igualdad de bienes jurídicos, considerar relevante el error y apreciar un concurso de *tentativa* de homicidio —o asesinato— (de Pedro en el ejemplo) y homicidio *imprudente*, en su caso (en el ejemplo, si era previsible la muerte de Juan).[108] A esta solución se contrapone por otro sector doctrinal la de considerar irrelevante el error y, como en el *error in objecto*, estimar concurrente un *delito doloso consumado*.[109]

138 La solución depende del concepto de bien jurídico que se maneje. Si por bien jurídico se entiende un valor abstracto (así, «la» vida, «la» salud, etc. como valores abstractos), será coherente la solución de estimar irrelevante el error y admitir un delito doloso consumado: porque se quería lesionar ese valor y se ha conseguido, aunque sobre un objeto material distinto. Pero si, como parece más correcto, se entiende por bien jurídico un *objeto empírico* dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre características no típicas como la identidad de la víctima *a la que se dirige el ataque, a sabiendas* de que la misma reúne las condiciones típicas —así la confusión de Juan con Pedro en el

107. Este caso se resolvía tradicionalmente con arreglo a la figura del *dolus generalis*, que conducía a afirmar el carácter doloso del acto posterior evidentemente no doloso. Lo correcto es estimar un concurso de delitos de homicidio intentado y homicidio imprudente —salvo, claro está, que la producción de la muerte por la segunda acción sea imprevisible—. Cfr., p. ej., Gracia Martín, Comentarios al Código penal PE, I, p. 54; Baldó, ADPCP 1995, pp. 339 ss.; Luzón, Curso, pp. 433 ss.

108. Cfr. por todos Backmann, JuS 1971, p. 120. En España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, II, p. 209; Rodríguez Devesa, PG, p. 603; Cobo/Vives, PG, p. 597 s.; SSTS 148/2002 de 7 febr. y 1230/2006 de 1 dic.

109. Doctrina tradicional en España: cfr. Antón Oneca, PG, pp. 213 s. Es la mantenida tradicionalmente por el TS. Cfr., por ejemplo, SSTS 15 jun. 71, 20 abr. 85, 4 feb. 94, 8 mayo 95 (en estafa), 10 abr. 2001.

error *in persona* irrelevante—, pero sí el error sobre la dirección del ataque al objeto empírico: será relevante que no se alcance el objeto empírico atacado (así la persona a la que se apuntó), sino a otro cercano equivalente (así, otra persona), porque en tal caso *la agresión dolosa no se habrá dirigido a este bien jurídico*. Desde esta concepción del bien jurídico lo coherente es, pues, la solución de apreciar tentativa respecto del ataque al objeto no alcanzado en eventual concurso con delito, imprudente —si concurre imprudencia y ésta es punible— respecto al objeto lesionado.[110]

139 Esta solución tiene la ventaja de facilitar una diferenciación más precisa de los distintos supuestos imaginables. Así, es posible que la lesión efectivamente producida no fuera previsible atendidas las circunstancias concretas del caso, lo que se resolvería fácilmente como tentativa sin más con arreglo a aquella solución —la opinión contraria tendría que negar la imputación objetiva para conseguir la misma calificación—. También puede suceder que la ley no castigue la lesión imprudente del objeto alcanzado, y ello no podría ser tenido en cuenta por la solución del dolo. Por otra parte, imagínese el caso siguiente: A es atacado de noche y en la defensa alcanza a su mujer en lugar de a su agresor. En este caso puede que el homicidio del agresor hubiera quedado justificado en legítima defensa, pero la muerte de la mujer sólo podrá justificarse si cabe estimar estado de necesidad (cfr. *infra*, Lección 17, I 2 A). Para decidir si éste concurre no sería correcto contemplar la muerte de la mujer como dolosa, sino, en su caso, como imprudente —lo que hará más fácil la estimación de la eximente.

140 b') Es evidente que la *aberratio ictus* será relevante cuando el resultado corresponda a un **tipo distinto al que se perseguía**. Ejemplo: el disparo alcanza al Rey en vez de a un particular que estaba a su lado. Su tratamiento deberá seguir las reglas del concurso de delitos, como sucede en el error *in objecto* relevante, pero conducirá a soluciones distintas a las expuestas para aquella otra modalidad de error si se acepta la concepción aquí defendida: en el ejemplo propuesto, deberá apreciarse tentativa de homicidio en concurso ideal, en su caso, con homicidio imprudente; en el supuesto inverso, en que se quiere matar al Rey y se alcanza al extraño que está a su lado, tentativa de un delito contra la Corona en concurso ideal, en su caso, con homicidio imprudente.[111]

3. *Los elementos subjetivos del tipo (o del injusto)*

Bibliografía

Díez Ripollés, Los elementos subjetivos del delito, 1990; *Engisch*, Bemerkungen zu Th. Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, en Festschrift für Th. Rittler, 1957, pp. 165 ss.; *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *Gallas*, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, en Festschrift für W.

110. Acoge esta solución, argumentando, además, a partir de la construcción de una teoría del «riesgo» contenido en la conducta, como objeto del dolo, y de distinguir los casos de congruencia entre el dolo y el riesgo realizado en el resultado de aquéllos en que tal congruencia no se produce, Silva, ADPCP 1984, pp. 369 ss. De acuerdo Luzón, Curso, pp. 458 s. También STS 30 jun. 93, SAP Cáceres 14 dic. 98, que junto a la jurisprudencia tradicional señala otra línea más actual favorable a la solución discriminadora.

111. Así Gracia Martín, Comentarios al Código Penal PE, I, p. 62.

Graf Gleispach, 1936, pp. 50 ss.; *Guardiola*, Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general, en RDPP, 2001; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW (1915), pp. 19 ss.; *el mismo*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allegemeinen Verbrechensbegriffs, en Festgabe für R. v. Frank, I, 1930, pp. 152 ss.; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), pp. 205 ss.; *el mismo*, Vom Sinn der strafrechlichen Tatbestände, Festschrift für L. Träeger, 1926, pp. 187 ss.; *Nagler*, Der heutige Stand del Lehre von der Rechtswidrigkeit, en Festschift für K. Binding, II, 1911, pp. 273 ss.; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBI 1972, pp. 19 ss.; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment der rechtswidrigen Handlung, 1959; *Peralta*, Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena, en ADPCP, 2010; *Platzgummer*, Die «Allgemeinen Bestimmungen» des StGE im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik, JBI 1971, pp. 236 ss.; *Polaino Navarrete*, Los elementos subjetivos del injusto en el CP español, 1972; *Politoff*, Los elementos subjetivos del tipo legal, 2008; *Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen in Strafrecht, 1934; *Torío*, Sobre los límites de la ejecución por imprudencia, ADPCP 1972, pp. 53 ss.; *E. Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931.

A) *Noción*

141 El conocer y querer la realización del tipo —el dolo típico— integra *necesariamente* la parte subjetiva del tipo doloso, que normalmente no precisa más. Pero en ocasiones la ley requiere que, además, concurran en el autor *otros* elementos subjetivos para la realización del tipo.[112] Un ejemplo lo ofrece el art. 234 CP, que para la presencia del tipo de hurto exige que el autor tome una cosa ajena «con ánimo de lucro». En este caso, el solo tomar una cosa mueble ajena intencionalmente no da lugar *todavía* al tipo de hurto. Es preciso para ello, que además de conocer y querer tomar la cosa (dolo), el autor lo haga «con ánimo de lucro». Por ello, quien sustrae bienes a su deudor moroso *para realizar su derecho* con ellos, no comete el delito de hurto —y resultará impune salvo que emplee violencia, intimidación o fuerza en las cosas, caso en el que cometería el delito de realización arbitraria del propio derecho del art. 455 CP.

142 Generalizando, puede decirse que elementos subjetivos del tipo (o del injusto) son *todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo* que el tipo exige, además de éste, para su realización.

B) *Clases*[113]

143 a) Elementos subjetivos constituidos por una **«tendencia interna trascendente»**, esto es, por una finalidad o motivo que va más allá de la (trasciende a la) realización del hecho típico. Ejemplo: el «ánimo de lucro» con que ha de

112. Introducida por Fischer desde el Derecho civil y desarrollada para el Derecho penal sobre todo por Mezger (ver obras cit. en bibliografía), la teoría de los elementos subjetivos del tipo se admite unánimemente en nuestro país: cfr. Polaino, Elementos subjetivos, p. 247; Mir Puig, Adiciones, p. 439, nota 1.

113. Cfr. Mezger, Tratado, I, pp. 295 ss.; Jescheck, Tratado, pp. 436 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 392; Sáinz Cantero, Lecciones, pp. 564 ss.

tomarse la cosa ajena en el hurto (art. 234 CP). Esta clase de elementos subjetivos da lugar, según los casos, a «delitos de resultado cortado» o «mutilados de dos actos» (ver Lección 9).

144 b) Elementos subjetivos representados por una **«tendencia interna intensificada»**. A diferencia del grupo anterior, en éste no exige la ley que se persiga un resultado *ulterior* al previsto por el tipo, sino que el sujeto confiera a *la misma acción típica* un determinado sentido subjetivo. Ejemplo: un determinado acto de disposición por parte del administrador de un patrimonio ajeno sólo constituirá apropiación indebida si tiene lugar con ánimo de apropiación y de perjuicio (art. 253 CP). Éste es un ejemplo de los «delitos de tendencia», pero también son incluibles aquí los llamados «elementos de la actitud interna».

145 c) Normalmente se añade un grupo formado por el **conocimiento de la falsedad** de la declaración en los llamados *«delitos de expresión»* (ejemplo: falso testimonio —arts. 458 y ss. CP—, acusación y denuncia falsa —art. 456 CP—).

146 Ciertamente, sin dicho conocimiento no se realiza el tipo de delito de que se trate, por lo que sin duda pertenece al tipo de injusto. Para los causalistas, que sitúan el dolo en la culpabilidad, es preciso incluir aquel conocimiento entre los elementos subjetivos del tipo, distinguiéndolo del dolo (como sucede con la «resolución de consumar el delito» en la tentativa). Pero un esquema *finalista*, que incluye el dolo en el tipo, puede reconocer que en realidad el conocimiento de la falsedad de la declaración integra el conocimiento necesario al *propio dolo* en los delitos de expresión: sólo comete dolosamente, v. gr., el delito de falso testimonio quien conoce la falsedad de su declaración. No se trata, pues, de un elemento subjetivo distinto al dolo.

C) *Ausencia de elementos subjetivos requeridos por el tipo*

147 Cuando un tipo requiere la presencia de elementos subjetivos (distintos al dolo), se plantea la cuestión del tratamiento jurídico-penal que merece el hecho realizado sin que concurran. Deben distinguirse los supuestos siguientes:

148 a) Procederá la *impunidad* si la conducta sin los elementos subjetivos correspondientes no integra ningún otro tipo. Ejemplo: el tomar un libro ajeno con el solo objeto de usarlo, esto es, sin el ánimo de apropiación que tácitamente requiere el art. 234 para el hurto. Puesto que el hurto *de uso* sólo se castiga cuando recae sobre vehículos de motor (art. 244 CP), la conducta será impune.

149 b) Corresponderá la aplicación de *otro tipo penal* si la conducta realizada sin los elementos subjetivos de que se trate integra otra figura de delito. Ejemplo: Tomar un vehículo a motor sin ánimo de apropiación, sino sólo de utilizarlo por plazo inferior a 48 horas, no constituye hurto, pero sí otro delito: el de utilización indebida de vehículo a motor o ciclomotor (art. 244 CP).

Lección 11.
EL TIPO IMPRUDENTE DE ACCIÓN. — LA PRETERINTENCIONALIDAD

Bibliografía

Abraldes, Delito imprudente y principio de confianza, 2010*; Aguado*, Algunas cuestiones de la imprudencia profesional en el Código Penal de 1995 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999, AP 2001-1, pp. 203 ss.; *Alonso Álamo*, El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad..., en La Ley 23 sept. 83, pp. 1 ss.; *la misma*, ¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho Penal, en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *Altavilla*, La culpa, 1950 (=La culpa, trad. Ortega Torres, 1956); *Arroyo*, La protección penal de la seguridad en el trabajo, 1981; *Arzt*, Leichtfertigkeit und Recklessness, en Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, pp. 119 ss.; *A.A.V.V.,* Rv Dº Pen, 2002-2: Delitos culposos (nº monográfico); *Bacigalupo*, Tipo de injusto y Causalidad en los delitos culposos, LL, 124, 1966, pp. 429 ss.; *Basile*, La colpa in attività illecita, 2005; *Asúa Batarrita*, La reforma urgente y parcial del CP... Algunas repercusiones de la exigencia de dolo o culpa, en Rev. Coleg. Abog. Vizcaya, dic. 1983, pp. 11 ss.; *Beristain*, Cuestiones penales y criminológicas, 1979, pp. 95 ss. y 261 ss.; *Binavice*, Die vier Momente der Fahrlässigkeit, 1969; *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967; *el mismo*, Das Strafrecht des Arztes, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3ª ed., 1967; *Bohnert*, Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorm, JR 1982, pp. 6 ss.; *el mismo*, Das Bestimmtheitserfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand, ZStW 94 (1982), pp. 68 ss.; *Boix/Orts/Vives*, La Reforma Penal de 1989, 1989; *Boldova*, La imputación subjetiva de resultados «más graves» en el CP español, ADPCP 1994, pp. 55 ss.; *Bolea*, Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad, en Mir/Corcoy (dirs.) Hortal (coord.), Protección penal de los derechos de los trabajadores, 2009; *Brinkmann*, Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung, 1996; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht..., 1974; *Cardenal*, La responsabilidad por el resultado en Derecho penal, 1990; *el mismo*, Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado, ADPC 1989, pp. 593 ss.; *Caspari*, Formen und Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im amerikanischen Strafrecht (tesis), Freiburg, 1972; *Castaldo*, Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts, GA, 1993, pp. 495 ss.; *el mismo*, La imputación objetiva en el delito culposo de resultado, Montevideo 2004; *Cerezo*, Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos, en Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, 1983, pp. 129 ss.; *el mismo*, El tipo de injusto de los delitos de acción culposos, ADPCP 1983, pp. 471 ss.; *el mismo*, El versari in re illicita en el CP, ADPCP 1962, pp. 47 ss.; *Choclán*, Deber de cuidado y delito imprudente, 1998; *Cobo*, Praeter intentionem y principio de culpabilidad, ADPCP 1965, pp. 85 ss.; *Conde-Pumpido*, De la penalidad en la imprudencia. Interpretación del pár. 4º del art. 565 del Código Penal, RDC 1964, pp. 433 ss.; *Corcoy*, Criterios jurisprudenciales en materia de imprudencia, Tesina, Barcelona 1984; *la misma*, El delito imprudente, 1989, 2ª ed., Buenos Aires 2005;; *la misma*, Imputación objetiva en el delito imprudente, Causalidad e imputación objetiva, CDJ 1994, pp. 35 ss.; *la misma*, Delincuencia imprudente y Código Penal de 1995, RTSJAP (Vol. V) 1998, pp. 559 ss.; *la misma*, Codelincuencia y autoría y participación en el

delito imprudente, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Córdoba Roda*, Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht, ZStW 81 (1969), pp. 425 ss.; *Cortés*, Ejercicio de las profesiones sanitarias y delitos imprudentes, en CDJ nº 56, 2005; *Cuello Contreras*, Culpabilidad e imprudencia, 1990; *el mismo*, ¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?, en CPC (106) 2012; *De la Cuesta Aguado*, Tipicidad e imputación objetiva, 1996; *De Oliveira Monteiro*, La autoría mediata en los delitos imprudentes, 2013; *Díez Ripollés*, Los delitos calificados por el resultado y el art. 3º del Proyecto de Código Penal español de 1980, ADPCP 1982, pp. 627 ss., y 1983, pp. 101 ss.; *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *Feijoo*, La imprudencia en el CP de 1995, CPC nº 62 (1997); *el mismo*, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, en RDPCr nº extra 1 (2000), pp. 93 ss.; *el mismo*, La imprudencia en el CP de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*), CPC (62) 1997, pp. 303 ss.; *el mismo*, Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible, RPJ (61) 2001, pp. 105 ss.; *el mismo*, Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado, 2001; *el mismo*, Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales, 1999; *el mismo*, Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Félix/Gimbernat/Mir/Moreno et. a.*, Caso Tláhuac, ¿responsabilidad penal por omisión en funciones policiales?, México 2006; *Freund*, Fundamentos de la imprudencia punible, trad. de *Dopico*, en Rv Dº Pen, 202-2, pp. 79 ss.; *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *García Rivas*, La imprudencia profesional: una especie a extinguir, LH Torío López, 1999, pp. 369 ss.; *Geilen*, Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung, en Festschrift für H. Welzel, 1974, pp. 655 ss.; *Gil Gil*, El delito imprudente, 2007; *la misma*, Acción, norma, injusto y delito imprudente, Rev. ICADE 2008; *Gimbernat*, Die innere und die äubere Problematik der inadäquaten Handlungen (tesis), Hamburg, 1962; *el mismo*, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, 1966 (reimpr. 1990); *el mismo*, Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos, RDC 1965, pp. 673 ss.; *Gössel*, Norm und fahrlässiges Verbrechen, Festschrift für Bruns, 1978, pp. 43 ss.; *el mismo*, Die Fahrlässigkeitsdelikte, Vorbeugung und Behandlung der Täter, ZStW 91 (1979), pp. 270 ss.; *Guallart y de Viala*, La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español, ADPCP 1979, pp. 617 ss.; *Guisasola*, La imprudencia profesional, 2005; *Lloria*, La imprudencia y la responsabilidad de los profesionales de la salud, A.A.V.V., Temas actuales del Derecho penal, Trujillo (Perú) 2004; *Hava*, La imprudencia médica, 2001; *Hirsch*, Zur Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, GA 1972, pp. 65 ss.; *Hortal*, Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad penal de los arquitectos técnicos en materia de prevención de riesgos laborales, en RevJCat 3/2005; *Huerta Tocildo*, Adiós al homicidio preterintencional, La Ley 8 oct. 84; *Hruschka*, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Bockelmann-Festschrift, 1979, pp. 423 ss.; *Iñigo Corroza*, El caso del producto protector de la madera (Holzschutzmittel), síntesis y breve comentario de la sentencia del TS alemán, AP 1997-1, pp. 439 ss.; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Ferstschrift, 1978, pp. 31 ss.; *el mismo*, Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal, trad. de Suárez/Cancio, ADPCP 1989, pp. 1051 ss.; *Jiménez de Asúa*, Problemas modernos de la culpa, RDPC, La Ley, Buenos Aires, 1968, pp. 1 ss.; *Jorge Barreiro*, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, 1990; *el mismo*, Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, en Estudios penales y criminológicos, 1991, pp. 139 ss.; *el mismo*, Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico, en A.A.V.V., Responsabilidad del personal sanitario, 1994, pp. 361 ss.; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine- qua-non- Formel im Strafrecht, 1968; *Kaiser*, Delincuencia en el tráfico y prevención general. Investigaciones sobre la Criminología y el Derecho Penal del tráfico, trad. Rodríguez Devesa, 1979; *Kamps*, Ärtzliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann*, Das fahrlässige Delikt, ZRV, 1964, pp. 41 ss.; *el mismo*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift, 1974, pp. 393 ss.; *Arhtur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2ª ed., 1976; *el mismo*, Kritisches zur Risikoerhöhungslehre, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 273 ss.; *Kienapfel*, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; *Kindhäuser*, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit,

GA 1994, pp. 197 ss.; *el mismo*, Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, en JRE (2) 1994; *el mismo*, Zur Funktion von Sorgfaltsnormen, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *M. Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *Krümpelmann*, Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 313 ss.; *Küper*, Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, en Festschrift für Lackner, 1987, pp. 247 ss.; *Lamas Leite*, As "posições de garantia" na omissão impura, Coimbra 2007; *Lenckner*, Technische Normen und Fahrlässigkeit, Engisch- Festschrift, 1969, pp. 490 ss.; *Lewisch*, Mitverschulden im Fahrlässigkeitsstrafrecht, ÖJZ 1995, pp. 463 ss.; *López Barja*, El delito imprudente en el Código penal de 1995, PJ, nº 40, 1995; *Lorenzen*, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, GA 1974, pp. 257 ss.; *Luzón Domingo*, Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal, 1960; *Luzón Peña*, Derecho penal de la Circulación, 1985 (2ª ed. 1990); *Malamud*, La estructura penal de la culpa, Buenos Aires, 1976; *el mismo*, El delito imprudente, Buenos Aires, 1972; *Manzanares*, Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el Derecho positivo español, en Rev. Jur. Castilla-La Mancha, nº7 (1989), pp. 369 ss.; *Maqueda*, El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la Jurisprudencia del TS..., CPC nº 31 (1987), pp. 185 ss.; *Maraver*, El principio de confianza en Derecho penal, 2009; *De Miguel Pérez*, Delitos culposos, 1975; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (= *el mismo*, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, 1994, pp. 28 ss.); *el mismo*, Preterintencionalidad y límites del art. 50 del CP, RJCat 1979, pp. 57 ss.; *el mismo*, Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983, Rev. Jur. Castilla-La Mancha, 1989, pp. 97 ss.; *el mismo*, La infracción penal, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 499 ss.; *el mismo*, Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal, en LH Gimbernat, II, 2008; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grund der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Muñoz Conde*, Del llamado homicidio preterintencional, en RJCat 1974, pp. 881 ss.; *Muñoz Conde/Berdugo/García Arán*, La Reforma Penal de 1989, 1989; *Núñez Barbero*, El delito culposo, 1975; *el mismo*, La estructuración jurídica del delito culposo. Problema actual de la dogmática, ADPCP 1974, pp. 61 ss. (=NPP, 1975, pp. 207 ss.); *De Oliveira Monteiro*, La autoría mediata en los delitos imprudentes, 2013; *Paredes*, El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?, ADPCP 1996, pp. 909 ss.; *Pereda*, El versari in re illicita en la doctrina y en el CP, 1948; *Pérez Manzano*, Acerca de la imputación objetiva en la estafa, LH Tiedemann 1995, pp. 285 ss.; *Pérez del Valle*, La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente, 2012; *Peris*, La preterintencionalidad, 1994; *el mismo*, La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual, 1994; *Piña Rochefort/Cox Vial*, Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Puppe*, Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg..., ZStW 99 (1987), pp. 595 ss.; *Quintano Ripollés*, Derecho penal de la culpa, 1958; *Reyes Alvarado*, La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, en RGDP (9) 2008; *Quintero Olivares/Muñoz Conde*, La reforma penal de 1983, 1983; *Del Río March*, Tratamiento de la responsabilidad culposa en el Derecho Histórico español, Inf. Jur., nº 314, 1972; *Rodríguez Mourullo*, La atenuante de preterintencionalidad, ADPCP 1970, pp. 555 ss.; *Rodríguez Ramos*, El resultado en la teoría jurídica del delito, CPC 1977, pp. 49 ss.; *Romeo Casabona*, El médico y el Derecho penal, I, 1981; *el mismo*, Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo, 2007; *Del Rosal*, La profesionalidad en la culpa penal, ADPCP 1959, pp. 101 ss.; *el mismo*, De la responsabilidad médica, ADPCP 1959, pp. 365 ss.; *el mismo*, Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo, 2005, y México 2007; *Roso*, La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito, PJ (46) 1997, pp. 273 ss.; *Roxin*, Problemas básicos de Derecho penal, trad. Luzón Peña, 1976, pp. 149 ss., 181 ss.; *el mismo*, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida, en InDret 1/2013; *Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, pp. 549 ss.; *Rueda Martín*, La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa, InDret 4/2009; *Ruiz Funes*, El problema psicológico de la culpa penal, 1930; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *Sánchez Lázaro*, Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtsgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich, GA 2005; *el mismo*, Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2007; *el mismo*, Deconstruyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial, RP (25) 2010; *el mismo*, Argumentos consecuencialistas, concurrencia de imprudencias y evaluación de soluciones en derecho penal, EPC (30) 2010; *Sanz-Díez de Ulzurrun*, Dolo e imprudencia en el Código Penal español, 2007;

Schaffstein, Handlungswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, en Welzel-Festschrift, 1974, pp. 557 ss.; *el mismo*, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip, en Honig-Festschrift, 1970, pp. 169 ss.; *Schindler*, Fremdes Verhatten im Kausalverlauf, en Festschrift für Triffterer, 1996, pp. 223 ss.; *Schlüchter*, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg..., JA 1984, pp. 673 ss.; *Schmidhäuser*, Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Schaffstein-Festschrift, 1975, pp. 129 ss.; *el mismo*, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, pp. 305 ss.; *E. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939; *Schmoller*, Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf, Festschrift f. Triffterer, 1996, pp. 223 ss.; *Schöne*, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, en Festschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pp. 649 ss.; *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pp. 435, 511, 575, 647, 715 y 787; *el mismo*, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik, Schaffstein-Festschrift, 1975, pp. 159 ss.; *el mismo*, Unzulänglichkeit des Fahlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft, en Gedächtnisschrift für D. Meurer, 2002; *Seebaß*, Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit, JRE 1994, pp. 375 ss.; *Serrano González de Murillo*, Teoría del delito imprudente, 1991; *Silva*, El sistema de incriminación de la imprudencia, en El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997; *el mismo*, Medicinas alternativas e imprudencia médica, 1999; *el mismo*, Límites de la responsabilidad por imprudencia, La Ley 18 oct. 84, pp. 1 ss.; *el mismo*, El sistema de incriminación de la imprudencia en el Proyecto de CP de 1992, en Rev. del Foro Canario, nº 89 (1994), pp. 33 ss. (=el mismo, El sistema d'incriminació de la imprudència, Món Jurídic, sep.-oct. 1994); *Stratenwerth*, Arbeitsteilung und ärtzliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, pp. 383 ss.; *el mismo*, Bemerkung zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-Festschrift, 1973, pp. 227 ss.; *el mismo*, Zur individualisierung des Sorgfaltsmaßtabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 285 ss.; *el mismo*, Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes, en InDret 1/2013; *Struensee*, El tipo subjetivo del delito imprudente, ADPCP 1987, pp. 423 ss.; *el mismo*, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, pp. 97 ss.; *Suárez Montes*, Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo, 1963; *el mismo*, La preterintencionalidad en el Proyecto de CP de 1980, ADPCP 1981, pp. 795 ss.; *el mismo*, Los delitos cualificados por el resultado en la PANCP, RFDUC monogr. 6 (1983), pp. 627 ss., y en CPC nº 22 (1984), pp. 183 ss.; *el mismo*, Los delitos cualificados por el resultado en la jurisprudencia del TS tras la reforma de 1983, en AA.VV. Estudios de Derecho penal y criminología, U.N.E.D., 1989, t II, pp. 373 ss.; *Subijana*, Los delitos imprudentes en el ámbito laboral, AP 2000-3, pp. 913 ss.; *Torío*, El deber objetivo de cuidado, ADPCP 1974, pp. 25 ss.; *el mismo*, Sobre los límites de la ejecución por imprudencia, ADPCP 1972, pp. 53 ss.; *el mismo*, «Versari in re illicita» y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio, ADPCP 1976, pp. 17 ss.; *Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei dem Fahrlässigkeitsdelikt, 1965; *el mismo*, Pflichtwidrigkeitszusammenhang und Vertrauensgrundsatz..., en Festschrift für Weissauer, 1986, pp. 164 ss.; *Vilar Badía*, Concurrencia y compensación de culpas en los órdenes penal y civil, RDCir 1976, pp. 325 ss.; *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *el mismo*, Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, JZ 1956, pp. 316 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, 1981; *el mismo*, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, pp. 168 ss.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *Zugaldía*, Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad, en Libro-Homenaje a Antón Oneca, 1982, pp. 574 ss.

I. El tipo imprudente

1. *Concepto, incriminación y clases de la imprudencia*

A) *Concepto*

1 Según el art. 10 CP, no sólo son delitos los hechos dolosos, sino también las «acciones y omisiones *imprudentes* penadas por la ley». Mientras que el delito doloso supone la realización del tipo de injusto respectivo con conocimiento y voluntad, en el delito imprudente el sujeto no quiere cometer el hecho previsto

en el tipo, pero lo realiza por **infracción de la norma de cuidado** (es decir: por inobservancia del cuidado debido).[1]

El término «imprudencia» equivale al de «culpa», y el de «imprudente» al de «culposo». Aunque todos ellos se hallan ampliamente extendidos en la doctrina, la palabra «imprudencia» tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término «culpabilidad», de uso muy distinto. Por ello propuse sustituir el adjetivo «culposas» que utilizaba el Proyecto CP 1980[2] y que introdujo la reforma de 1983 en el art. 1 del anterior CP, por el actual «imprudentes». **2**

B) *Incriminación*

a) Los Códigos anteriores al de 1995 acogían un sistema de **incriminación abierta** *(numerus apertus)* de la imprudencia, a través de la previsión de *cláusulas generales* (arts. 565, 586 bis y 600 del anterior CP) que, relacionadas con cada uno de los artículos que definían delitos dolosos, permitían una punición general de la imprudencia. Así, el anterior art. 565, I decía: «El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare dolo constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor». No era éste el criterio más extendido en Derecho comparado, ni el preferido por la doctrina española actual. Suele considerarse más adecuada a los principios de legalidad y de *ultima ratio* del Derecho penal la técnica de incriminación limitada *(numerus clausus)* de un número determinado de delitos culposos que la ley prevea en cada caso tras las correspondientes figuras dolosas (así se recogía ya en el Proyecto CP 1980). **3**

La técnica del *numerus clausus* permite saber con mayor seguridad cuándo es punible la imprudencia, puesto que en el sistema de incriminación abierta es dudoso si una serie de delitos admiten o no su modalidad culposa. Así, la jurisprudencia y la doctrina negaban la posibilidad de imprudencia respecto de los tipos que requieren elementos subjetivos del injusto (vid. Lección anterior), pero también se discutía si ciertas figuras delictivas eran compatibles con su comisión imprudente por otras razones menos seguras.[3] Por otra parte, el sistema de cláusulas generales confería una extraordinaria amplitud a la punibilidad de la imprudencia, erigiéndola en *regla general*,[4] salvo que el tipo correspondiente al resultado realizado lo impidiera —aunque en la práctica los Tribunales solían limitar de hecho la aplicación de la imprudencia a ciertos delitos. **4**

1. Vid., en este sentido, SSTS 15 de mar. 2002, 291/2001 y 1904/2001, así como AAP Cádiz, 4ª, 6/2014, 15-1.

2. Cfr. Mir Puig, RFDUCM, monográf. 3 (1980), p. 46.

3. Cfr. Torío López, ADPCP 1972; Mir Puig, Adiciones, pp. 792 s.; Cerezo Mir, Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 139 ss.

4. En contra Torío López, op. cit., p. 555.

5 El CP 1995 dio un *giro trascendental* al sustituir el sistema de incriminación general de la imprudencia por el sistema de **tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia**. Ahora ya no se parte del *principio* de que los delitos pueden cometerse tanto con dolo como por imprudencia, sino del contrario, según el cual solamente se castigan los hechos dolosos, salvo los casos *(pocos)* en que expresamente se tipifica la comisión imprudente. Así lo establece el art. 12 CP: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». Por la frecuencia de su estimación en la práctica, merecen destacarse los homicidios y las lesiones imprudentes (arts. 142 y 152 CP).

C) *Clases*

6 a) Según el contenido *psicológico* de la acción imprudente, se distingue entre *culpa consciente* y *culpa inconsciente*.

7 a') La **culpa consciente** se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero *se confía* en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya dolo eventual (cfr. Lección anterior).

8 b') La **culpa inconsciente** supone, en cambio, que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro.[5]

9 La distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente no tiene hoy la importancia que durante el imperio de la teoría psicológica de la culpabilidad se le atribuyó (*vid. infra*, 2 A). No obstante, sigue siendo necesaria para la distinción de dolo eventual e imprudencia, porque permite centrar el problema de la diferenciación en la comparación de dolo eventual y culpa consciente.[6] Por otra parte, condiciona la imputación subjetiva de la infracción del deber objetivo de cuidado: a igual gravedad de esta infracción, mayor imputación subjetiva de la misma en la culpa consciente. Pero, por supuesto, la culpa inconsciente podrá ser tan grave o más que la consciente si la infracción del deber objetivo de cuidado que supone es mayor que la realizada con culpa consciente (vid. STS 1351/2002 de 19 jul.).

10 b) Mayor importancia que la distinción de culpa consciente y culpa inconsciente tiene en nuestro Derecho la de **imprudencia grave** e **imprudencia menos**

5. Así la jurispr. del TS: cfr. SSTS 206/2001 de 16 febr., 466/2002 de 15 mar. y 561/2002 de 1 abr. Sobre los intentos doctrinales de fundamentación de la culpa consciente cfr. Corcoy, Delito imprudente, pp. 240 ss.

6. Cfr. en este sentido Jescheck, Tratado, p. 783.

grave, porque es la que se halla en la base de la regulación del Código Penal. Tales denominaciones vienen a sustituir, tras la reforma de 2015, las anteriormente previstas de «imprudencia *grave*» e imprudencia *leve*», que, a su vez, sustituyeron en 1995 las tradicionales de «imprudencia *temeraria*» e imprudencia *simple*». En esta clasificación, las dos clases de imprudencia no se diferencian en cuanto a su estructura psicológica y en no tener nada que ver con la distinción de culpa consciente e inconsciente. La *gravedad* de la infracción de la norma de cuidado es el momento *normativo* a que atiende la clasificación legal.

11 El equivalente anterior a la **imprudencia grave**, la imprudencia temeraria, fue equiparada por el TS en ocasiones a la *«culpa lata»* del Derecho común.[7] Silvela la definió como «aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente»,[8] baremo éste del *hombre menos diligente* que la doctrina y el TS manejan a menudo (el TS suele aludir también a la ausencia u omisión de *las más elementales* medidas de cuidado o atención: así SSTS 42/2000 de 19 en., 791/2001 de 8 mayo, 1133/2001 de 11 jun., 2201/2001 de 6 mar. 2002, 2252/2001 de 29 nov., 1697/2002 de 19 oct., 537/2005 de 25 abr.). Sin embargo, el TS se contenta en muchos casos con la infracción de las normas que observaría una *persona media*[9] (SSTS 2 feb. 94 y 19 feb. 96).

12 A estos efectos, deben tenerse en cuenta tanto la *peligrosidad* de la conducta como la *valoración* social del riesgo (así STS 2445/2001 de 22 dic.). Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante).[10] La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser menos grave dentro de ellos.

13 Puede constituir imprudencia grave tanto la culpa consciente como la inconsciente, siendo a veces gravemente imprudente el emprender una conducta muy peligrosa sin haberse preocupado de advertir siquiera los riesgos que evidentemente supone[11] (STS 13 oct. 93).

---

7. Cfr. Jiménez de Asúa, Tratado, V, pp. 997 ss.; Antón Oneca, PG, p. 223; Rodríguez Muñoz, Notas, II, p. 170; Cobo/Vives, PG, p. 571.

8. Cfr. Silvela, Derecho penal, II, p. 161. Vid. en este sentido STS 1111/2004 de 13 oct. La STS 13 oct. 93 requiere la no adopción de los cuidados más elementales.

9. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 223; Rodríguez Devesa, PG, p. 468.

10. Cfr. Luzón, Curso, p. 517. En este sentido SSTS 2235/2001 de 30 nov. y 665/2004 de 30 jun.

11. Cfr. Gimbernat, Introducción, p. 118; Rodríguez Devesa, PG, p. 462, que señala que el TS tiende, no obstante, a considerar más grave la culpa consciente —lo que sólo puede admitirse en los términos señalados más arriba en el texto—; Luzón, Curso, p. 515.

14 Tal y como ya se ha adelantado, tras la reforma de 2015 la modalidad de imprudencia de menor gravedad en atención a relevancia de la infracción de la norma de cuidado deja de llamarse imprudencia leve (heredera, a su vez, de la imprudencia «simple» del Código penal de 1973) y pasa a denominarse «**imprudencia menos grave**». Resulta dudosa si tal modalidad de imprudencia se corresponde con un sustitutivo directo de la ya derogada imprudencia leve, con una forma agravada de ésta o con una atenuada de la imprudencia grave. Equiparada a la «*culpa levis*» (no a la *levissima*),[12] supone la infracción de normas de cuidado no tan elementales como las vulneradas por la imprudencia grave, normas que respetaría no ya el ciudadano menos diligente, sino uno *cuidadoso*.[13]

---

12. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 223; Quintano Ripollés, I, p. 301. En relación con esta distinción, señalaba el AAP Cádiz, 4ª, 6/2014, 15 de en., para el sistema ya reformado, lo siguiente: "Para la resolución del recurso de apelación interpuesto por el perjudicado es preciso partir de que la moderna doctrina sobre culpa establece una distinción esencial entre culpa penal y culpa civil, exigiendo el tratamiento jurídico penal de la imprudencia de una estricta observancia de los principios que rigen el proceso penal y, por tanto, de la concluyente prueba de la efectiva omisión del deber de cuidado, rechazándose cualquier construcción objetiva o presuntiva de la culpa deducida del resultado, propia del ámbito civil. La imprudencia leve tipificada en el artículo 621.3 del CP constituye el último eslabón de la negligencia criminal, que se diferencia de la culpa civil porque en aquélla el grado de previsibilidad y de la violación de la norma de cuidado por parte del agente causante del daño es mayor que en ésta última, que se podría definir como culpa levísima. Dicha interpretación de las diferencias entre la culpa penal y la civil se ha de llevar a cabo en directa relación con la reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que proclama la intervención mínima del Derecho Penal para la resolución de los conflictos humanos, porque en caso contrario se estaría criminalizando conductas que no son encuadrables en el ámbito del Derecho Punitivo, atribuyéndose a éste un carácter extensivo que es contrario al que le asigna un Estado de Derecho como el definido en nuestra Constitución. Existiendo un daño reparable, el campo de la culpa civil es amplísimo y residual, como lo pone de manifiesto la propia redacción del artículo 1902 CC al incluir la expresión "interviniendo culpa o negligencia", expresión que se interpreta en el sentido de abarcar cualquier género de negligencia o imprudencia, por nimia o mínima que sea".

13. La doctrina se refiere en este caso a la inobservancia de la «mediana previsión»: cfr. Antón Oneca, PG, p. 223; Cobo/Vives, PG, p. 572. Pero ya se vio que con frecuencia emplea el TS este baremo para la imprudencia temeraria. Según la Circular 3/2015, de Fiscalía General del Estado, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015, "[e]l Legislador, en el Preámbulo de la LO 1/2015 estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (apartado primero del art. 142 y apartado 1 del art. 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del art. 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad. De esta manera la nueva graduación de la imprudencia comprende la imprudencia grave, la imprudencia menos grave y la imprudencia leve, quedando ésta última extra muros del derecho penal".

15 Importa observar cómo la ley no parte para el enjuiciamiento de la gravedad de la imprudencia de un criterio psicológico, sino *normativo*. Esto permite adelantar una conclusión importante: el dolo y la imprudencia no tienen la misma naturaleza, porque el dolo es un fenómeno de contenido fundamentalmente psicológico y la imprudencia, un fenómeno básicamente normativo. Pero esta conclusión no pudo ser reconocida por la ciencia del Derecho penal hasta que se abandonó la concepción psicológica de la culpabilidad, sustituyéndose por la normativa. Por otra parte, el análisis del sentido normativo de la imprudencia ha llevado en la actualidad a otra consecuencia fundamental: a trasladar la esencia de la imprudencia de la culpabilidad al injusto. Voy a examinar las líneas generales de esta evolución.

2. *Naturaleza: de la concepción psicológica a la normativa*[14]

16 A) Cuando el positivismo concebía la culpabilidad como pura *conexión psicológica* del hecho objetivo con la cabeza de su autor (**concepción psicológica de la culpabilidad**), no podía darse explicación a la *culpa inconsciente*, que supone precisamente la ausencia de todo vínculo psicológico con el resultado producido. Ésta fue, tal vez, la razón más notoria que produjo la crisis de la teoría psicológica de la culpabilidad. Pero tampoco se explicaba satisfactoriamente la esencia de la *culpa consciente*, que no radica en la previsión del peligro, sino en el actuar contra la norma de cuidado. En efecto: *se puede actuar con previsión del peligro sin infringir la norma de cuidado*. Así sucede en muchos sectores del tráfico actual. Por otra parte, la culpa consciente no es siempre la más grave: puede ser más grave no advertir un peligro muy elevado que el crear conscientemente un peligro pequeño. En nuestro Código penal ya se ha visto cómo se adopta este punto de vista (*supra*, 1 Bb).

17 B) Las objeciones contra la teoría psicológica motivaron su sustitución por la **teoría normativa de la culpabilidad**, que concibe la esencia de ésta no como una conexión psicológica, sino como un *juicio de reproche* por la infracción de una norma. Así pudo darse cabida en la culpabilidad a un fenómeno normativo como la imprudencia.[15] No obstante, quedaba sin explicar por qué debía incluirse en la culpabilidad y no en el injusto, también concebido como contrariedad a la norma.

18 Pues bien, ya Engisch, sobre todo, en su escrito de habilitación (1930),[16] puso de manifiesto la necesidad de adelantar la posición sistemática de la imprudencia, trasladando su esencia al injusto. Su tesis central ha sido hoy aceptada por la gran mayoría de autores alemanes, aunque no sean finalistas: *no puede ser antijurídica una acción ajustada a la norma de cuidado*. El coche que circula prudentemente

---

14. Sobre la evolución histórico-dogmática que se refleja en este apartado cfr. infra Lección 20, con referencias bibliográficas.

15. Siguen este planteamiento, en su versión neoclásica, la doctrina tradicional española y nuestra jurisprudencia: cfr. referencias en Mir Puig, Adiciones, p. 790. También SSTS 2 nov. 81 y 22 nov. 82. Subsisten, sin embargo, reminiscencias psicologicistas en la jurispr.: cfr. Corcoy, Criterios, p. 25.

16. Cfr. Engisch, Untersuchungen, pp. 277, ss., 334 ss.

por su derecha al tomar una curva y colisiona con otro que venía en dirección contraria por su izquierda y a velocidad excesiva ha (co-)causado la colisión, tanto desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones, como de la teoría de la adecuación —porque sin él no se hubiera podido producir el accidente, y porque no es imprevisible que otros conductores cometan imprudencias contra la norma que obliga a circular por la derecha, respectivamente—. Es más: el conductor prudente tal vez previó el peligro. Y, sin embargo, repugna al sentido común afirmar que el conductor que circulaba por su derecha cometió un hecho *antijurídico*.[17] Ésta sería, sin embargo, la consecuencia que seguiría de forma inevitable a la concepción de la imprudencia como relativa sólo a la culpabilidad, pues para la afirmación de la antijuridicidad bastaría entonces la mera causación —aunque no fuera imprudente— de un resultado lesivo típico.

19 La doctrina dominante en Alemania acepta en la actualidad el punto de partida de Engisch, desarrollado por Welzel.[18] Se parte de la distinción de un aspecto *objetivo*-normativo (a) y un aspecto *individual* (b) en la imprudencia:

20 a) El **aspecto objetivo-normativo**, representado por la infracción del *objetivo deber de cuidado exigible en el tráfico* (según la fórmula del parágrafo 276 del Código civil alemán) condiciona ya la antijuridicidad del hecho culposo.

21 b) El **aspecto individual** atiende al *poder individual del autor* de observar el cuidado objetivamente debido y se incluye en la culpabilidad.[19]

3. *Estructura del tipo imprudente*

22 Todo delito imprudente ofrece la siguiente estructura:

23 1) La **parte objetiva** del tipo supone la *infracción de la norma de cuidado* (**desvalor de la acción**) y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (**desvalor del resultado**).

24 2) La **parte subjetiva** del tipo requiere el elemento *positivo* de haber querido la conducta descuidada[20], ya sea con conocimiento del peligro que en general

17. Cfr. en este sentido Beristain, Cuestiones penales, pp. 112 s. Sin embargo, en distinto sentido Cobo/Vives, PG, pp. 575-578.

18. Cfr. Welzel, Nuevo sistema, pp. 75 y 103.

19. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, pp. 777 s. También Schünemann, JA 1975, pp. 435, 511, 575, 647, 715 y 787, y Schaffstein-Festschrift, pp. 159 ss. En España: Cerezo Mir, ADPCP 1961, p. 65; Córdoba Roda, Notas, I, pp. 258 ss.; el mismo, Nueva concepción, pp. 90 ss.; Conde Pumpido, ADPCP, p. 277; Suárez Montes, Consideraciones críticas, pp. 75 ss.; Beristain, Cuestiones penales, pp. 112 ss., 121 ss.; Gimbernat, Estudios, 3ª ed., pp. 174 s.; Núñez Barbero, Delito culposo, pp. 34 y 49 s.

20. Insiste en la necesidad y significado de esta voluntad, a la cual atribuye un papel equivalente al del dolo en los delitos dolosos y que confirma la necesidad de una acción final en todo delito,

entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento *negativo* de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.

25 Examinado ya el posible contenido psicológico del delito imprudente al contemplar *supra* (1 B) la culpa consciente y la inconsciente, no es preciso ahondar más en el tipo subjetivo, por lo que a continuación analizaremos solamente los dos elementos del tipo objetivo: la infracción de la norma de cuidado y la causación del resultado.

A) *La infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción)*

26 Para quien admita, como nosotros, que la sola realización del *tipo* no supone la infracción de una norma en el sentido de infracción de un imperativo concreto—para ello hace falta además la ausencia de causas de justificación y la imputación personal de la infracción—, la expresión «infracción de la norma de cuidado» deberá entenderse en el sentido de inobservancia del cuidado que *generalmente* debe tenerse, pero que en concreto sólo es obligado si no concurre una causa de justificación y es posible la imputación personal de la infracción. Ahora bien, aunque la norma de cuidado no siempre obligue, la falta de cuidado típica *siempre* se opone a la *valoración* que aquella norma de cuidado supone.[21]

27 Jescheck distingue dos aspectos en la infracción de la norma de cuidado, que denomina deber de cuidado *interno* y deber de cuidado *externo*.[22]

28 a) El **deber de cuidado interno** obliga a *advertir* la presencia del peligro en su gravedad aproximada, como presupuesto de toda acción prudente. Es lo que Binding llamaba «deber de examen previo». Precisamente por la existencia de este deber de advertir el peligro puede castigarse la culpa inconsciente, que supone la imprudente falta de previsión del peligro del resultado: en ella se castiga la infracción de la norma de cuidado que obliga a advertir el riesgo.

29 b) El **deber de cuidado externo** consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida. Puesto que presupone haberla advertido, sólo puede imputarse subjetivamente en la culpa

---

Struensee, ADPCP 1987, p. 443. De acuerdo con este autor Cuello Contreras, Culpabilidad, pp. 188, 194.

21. Cfr., sobre la relación del hecho típico con la norma que generalment lo prohibe y con las valoracions que siempre supone, Mir Puig, LH Gimbernat cit., pp. 1320 ss.

22. Cfr. Tratado, pp. 797 ss. Admiten la distinción las SSTS 10 abr. 97, 27 feb. 2001. El término «deber» ha de entenderse aquí en un sentido abstracto de «deber general o típico», compatible con la posibilidad de que falte un efectivo deber en el caso concreto, lo que sucede si concurre una causa de justificación (cfr. *supra*, nº 26 y nota). Sobre las distintas modalidades o aspectos de deber de cuidado propuestos por la doctrina cfr. Corcoy, Delito imprudente, pp. 153 ss., examinando los problemas específicos que plantea el deber de cuidado en los distintos sectores de actividad (tráfico, construcción, etc.) de que se trate. Sobre la problemática de la imprudencia en el ámbito del tratamiento médico-quirúrgico, y en particular respecto a las consecuencias de la división del trabajo para la individualización de responsabilidades, cfr. Jorge Barreiro, Imprudencia punible, *passim* y pp. 113 ss.

consciente. De ahí que, ante conductas igualmente peligrosas, la culpa consciente sea más grave que la inconsciente. Tiene tres manifestaciones principales:

30 a') **Deber de omitir acciones peligrosas**. Hay acciones cuya peligrosidad es tan elevada que no pueden ser emprendidas sin lesionar ya el deber de cuidado. Ello sucede como regla en los casos de *falta de preparación técnica* para cierta actividad. Ejemplo: el principiante debe abstenerse de tomar curvas a velocidades altas. Una categoría especialmente importante de supuestos pueden incluirse aquí bajo el nombre de **impericia profesional,** que consiste en la carencia de los conocimientos que le son exigibles al sujeto por su cualificación profesional. El CP toma en consideración estos supuestos (así, en el homicidio, el aborto y las lesiones imprudentes: arts. 142, 1 párr. 4, 146, 152, 1, 158) para añadir penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo.

31 No se trata aquí de la «imprudencia *del* profesional», sino de la «imprudencia profesional», en el sentido de realización de determinada conducta sin los conocimientos o cautelas necesarios en el sector profesional a que aquélla pertenece.[23]

32 b') **Deber de preparación e información previa.** Antes de emprender ciertas acciones que pueden resultar peligrosas, deben ser tomadas medidas externas (a diferencia de supra, a) de preparación e información. Por ejemplo: antes de ordenar ciertas operaciones el médico deberá *examinar* el estado del paciente y su capacidad de resistencia, lo que supondrá probablemente el deber de *consultar* su historial clínico.[24]

33 c') **Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas**. La vida moderna permite e incluso obliga a afrontar numerosas situaciones de peligro cuya realización se considera más útil para la sociedad que su prohibición (**riesgo permitido**) (cfr. *infra*, Lección 19). Aquí no rige, pues, el deber de omitir dichas acciones peligrosas, pero sí el deber de realizarlas con la máxima atención, para evitar que el peligro se convierta en lesión.

34 c) Común a las distintas manifestaciones examinadas del deber de cuidado es la cuestión del **baremo** a utilizar para decidir la prudencia o imprudencia de una acción.

35 a') Ya se ha dicho que la doctrina dominante alemana parte de la distinción de la infracción del deber *objetivamente* exigible en el tráfico y el *poder*

---

23. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 468, siguiendo a Díaz Palos, Rev. Inst.º Der. Comp., 1962, pp. 248 s.; Mir Puig, Adiciones, II, p. 808.

24. En el ámbito de la imprudencia profesional médica, la jurisprudencia concreta que: a) no cabe incriminar como delito el simple error científico o diagnóstico equivocado, salvo cuando cualitativa o cuantitativamente resulte de extremada gravedad; b) tampoco, el carecer el facultativo de una pericia extraordinaria o de cualificada especialización; y c) siempre, es preciso analizar puntualmente las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate (STS 6 de jul. 2006 y SAP Castellón, 2ª, 280/2014, 4 de sep.).

individual del autor de cumplir aquel deber, incluyendo lo primero en la antijuridicidad y lo segundo en la culpabilidad (imputación personal): sólo y siempre será antijurídico el hecho que infrinja el objetivo deber de cuidado que el tráfico impone, con independencia de las facultades especiales del autor. Esto no significa que no se tome en cuenta para la calificación del injusto imprudente la *concreta situación* que rodeó el hecho: la *objetiva* norma de cuidado depende de lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor, a partir de un juicio *«ex ante»* que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación del autor al actuar. Quien sabe que la víctima sufría una grave afección cardíaca debe abstenerse de causarle sustos innecesarios. Por supuesto, además, que se tiene en cuenta el nivel cultural, profesional, etc. del autor: deberá elegirse como baremo la imagen ideal de *un hombre diligente en la misma posición del autor*.[25]

36 Pero ya se ha adelantado que en muchos casos el tráfico exige acciones peligrosas que para cualquiera encierran un peligro previsible. El **riesgo permitido** con carácter general («típicamente») es el tope máximo de la norma de cuidado. En la imprudencia no opera sólo como causa de justificación, sino que excluye la misma tipicidad: no hay tipo de imprudencia, porque no hay imprudencia alguna. Esto confirma lo que antes decíamos: la imprudencia no es un concepto psicológico, ni siquiera como pura *previsibilidad*, sino *normativo*, porque lo decisivo en ella es el *deber* y no sólo la posibilidad de previsión.[26]

37 b') La doctrina dominante alemana valora únicamente en la culpabilidad el **poder subjetivo** del autor de ajustarse a la norma de cuidado, cuando dicho poder ya no depende de datos situacionales objetivables, sino solamente de características personales que no cabe imaginar en el hombre diligente normal. Si ese poder personal es *inferior* al del hombre medio, se disminuye la culpabilidad o, en casos extremos, se excluye. Pero si, por el contrario, el poder del autor es *superior* al normal, ello no puede redundar en su perjuicio, porque la culpabilidad presupone el tipo de injusto, y éste sólo obliga al cuidado exigible al hombre medio. Si el hecho es objetivamente adecuado al poder *medio*, deberá eximirse de pena al autor, aunque él *personalmente* pudiese haber actuado con mayor prudencia.[27]

38 Esta última conclusión es, a juicio de Stratenwerth,[28] insatisfactoria, pues la norma de cuidado debe llegar hasta el efectivo poder personal del autor. Quien podía haber actuado

25. Cfr. por ejemplo, Welzel, Lb, p. 132; Jescheck, Tratado, p. 798; Burgstaller (1974), pp. 64 ss.

26. Ello no significa que el criterio de la previsibilidad no sea básico para juzgar la existencia de imprudencia, pero sí que sólo cuando la existencia de un cierto grado de previsibilidad va acompañada de un deber de cuidado, cabe formular el juicio, en todo caso normativo, de imprudencia. Así Welzel, Lb, p. 132, requiere dos momentos para la imprudencia: el momento «intelectual» de la previsibilidad y el «normativo» de que el hecho desborde lo normal para el tráfico, lo socialmente adecuado. Así STS 13 oct. 93. Sobre la previsibilidad objetiva cfr. Corcoy, Delito imprudente, pp. 446 ss.

27. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, pp. 777 s.; Schünemann, Schaffstein-Festschrift, pp. 160 ss.

28. Cfr. Stratenwerth, AT (2000), 15/12 ss.

con mayor prudencia que el hombre medio y con ello evitar el resultado, *debió* hacerlo, y si no lo hizo actuó antijurídicamente. Por el contrario, quien no pudo comportarse con toda la prudencia que hubiese podido desplegar el hombre medio, no actuó ni siquiera antijurídicamente. Este planteamiento, cree Stratenwerth, ha de ser válido en la imprudencia si lo es para la *omisión*, en la cual es decisiva para el concepto mismo de omisión, y ya en el tipo de injusto, el poder personal de actuar del autor.

39 Jakobs, en su monografía sobre la imprudencia,[29] vino a adherirse a los argumentos de Stratenwerth y añade otro relativo a la naturaleza de la norma: la norma es un imperativo dirigido a cada uno de los destinatarios, por lo que su límite se encuentra en el poder de cumplimiento del sujeto; por tanto la norma de cuidado no puede ir más allá del poder del sujeto.[30]

40 c') Mi punto de vista es el siguiente:

41 1) Si se aplica rigurosamente el criterio del hombre diligente situado en la misma posición del autor, ya ha de tomarse en cuenta la fuente más importante de un posible poder especial. Pues, si también los conocimientos especiales del autor al actuar deben ser tenidos en cuenta, entre tales conocimientos ha de contarse la experiencia especial y el fruto de un aprendizaje particularmente intenso. Si un cirujano conoce una técnica operatoria que sólo él domina, ese *dato* deberá ser tenido en cuenta, en la medida en que objetivamente sea conocido por él: para la averiguación de si hubo infracción de la norma de cuidado deberá preguntarse qué hubiera hecho el hombre diligente en la *misma* situación del cirujano, es decir, contando con el dato de su excepcional preparación.[31]

42 2) Pero más allá de lo *objetivable* en conocimientos especiales, ¿puede concederse relevancia a aptitudes excepcionales del autor? Creo que deben distinguirse dos supuestos:

43 1º) El autor, que conoce sus aptitudes especiales, deja de utilizarlas *conscientemente* — aunque sin intención de causar el resultado lesivo ni aceptando su posibilidad, ya que de lo contrario habría dolo.

44 *Ejemplo:* El cirujano deja de emplear su especial capacidad para practicar determinada técnica, no sólo adquirida por aprendizaje, sino debida a la especial capacidad del médico, y emplea sólo la que el cirujano medio puede utilizar.

45 2º) El autor especialmente dotado no estuvo, *sin proponérselo*, a la altura de sus aptitudes y no se comportó mejor que cualquier otro hombre.

46 *Ejemplo:* El cirujano normalmente mejor dotado que los demás para practicar una determinada técnica operatoria, el día de autos no logró demostrar su especial habilidad.

---

29. Cfr. Jakobs, Studien, p. 69.

30. Cfr. también Otto, Strafrecht, AT, 6ª ed., pp. 184 s.; SK (Samson), 16, anexo número 13 ss.; Quintero/Morales/Prats, PG, p. 301; Zugaldía, ADPCP 1984, pp. 328 ss.; Maqueda, CPC 1987, pp. 216 s.; Triffterer, AT, Kap. 13, nº 25 ss. En contra cfr. Schünemann, Schaffstein-Festschrift, pp. 160 ss.; Armin Kaufmann, Welzel-Fest., pp. 404 ss.; Jescheck, Tratado, p. 778; Cerezo, PG, II, 6ª ed., pp. 161 s. Una posición intermedia mantiene Huerta Tocildo, Sobre el contenido de la antijuridicidad, 1984, pp. 44 s. nota 65.

31. Así el TS: por ejemplo, S 9 jun. 80 («debió prevenirlo por ser experto»). De acuerdo Luzón, Curso, pp. 501 s.

47 En el primer caso (1º) infringe el autor la norma de cuidado que exige comportarse del modo más diligente *posible* al autor. En el segundo caso, en cambio, es mucho más difícil demostrar que ha habido infracción de la norma de cuidado, porque el hecho de que *normalmente* el autor tuviese más aptitudes que el hombre medio, no basta para asegurar que *en el momento concreto en el que actuó* se hallase por encima de éste, pues únicamente logró comportarse como cualquier otro pese a que no quería prescindir de ninguna de sus aptitudes. En el ejemplo propuesto para este segundo caso, el cirujano normalmente mejor dotado demuestra más bien que el día de autos no se encontró en sus normales condiciones excepcionales.

48 Respecto a las facultades personales **sobresalientes**, lo decisivo ha de ser, pues, la posibilidad del sujeto de emplearlas voluntariamente. Si pudiendo utilizarlas cuando fuera necesario el agente no lo hizo, el mismo no aplicó el cuidado debido desde el prisma de un observador objetivo —que es lo que importa en el injusto—, puesto que, conociendo la posibilidad de utilizar unas facultades excepcionales, consideraría obligado su empleo para evitar la lesión del bien jurídico. En tal caso la conducta sería contraria a la norma de cuidado y, en su caso, *antijurídica*. En cambio, por lo que respecta al poder excepcional no disponible a voluntad (por ejemplo, hasta cierto punto, una mayor inteligencia), la norma de cuidado no puede motivar a utilizarlo.[32]

49 En cambio, una **capacidad inferior** del sujeto no imaginable en una persona mentalmente normal (reflejos demasiado lentos, capacidad intelectual inferior, debidos a enfermedades mentales, etc.) no pueden excluir o disminuir la antijuridicidad, sino sólo la imputación personal de la misma (cfr. *infra*, Lec. 21). Mientras que el hombre normal que sirve de baremo para el injusto puede y debe imaginarse en posesión de todas las cualidades sobresalientes que puedan concurrir en el sujeto, y también de las limitaciones físicas que pueden darse en una persona normal, por definición no puede suponerse privado de las facultades que como mínimo exige la normalidad. Esto no significa que personalmente pueda exigirse el mismo grado de cuidado objetivo al que se halla por debajo de la normalidad, sino sólo que su conducta no puede considerarse prudente desde el prisma de una hombre diligente. La inferioridad anormal del sujeto determinará, no obstante, la exclusión o atenuación de la imputación personal de la objetiva norma de cuidado.

---

32. Cfr. Mir Puig, Función, p. 79. Se adhiere a esta postura, con ulteriores argumentos, Corcoy, Delito imprudente, pp. 126 ss. De acuerdo también en que «las exigencias del Derecho no tienen por qué detenerse en el límite trazado por la diligencia media», aunque desde una sistemática causalista, Cobo/Vives, PG p. 579. La STS 7 jun. 76 apreció imprudencia «por no utilizar toda su pericia y experiencia como profesional de la conducción». En general el TS toma en cuenta las condiciones personales del autor para determinar el grado de deber de cuidado: Corcoy, Criterios, pp. 75 ss., 188, 192. En contra Luzón, Curso, pp. 501 s.

B) *Causación del resultado e imputación objetiva*

50 La infracción del deber de cuidado ha de tener como *resultado* la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Dicho resultado puede consistir tanto en un resultado separado de la conducta («resultado» en el sentido estricto de los delitos de resultado, que constituyen la inmensa mayoría de los delitos imprudentes), como en la parte objetiva de la conducta descrita en un tipo de mera actividad. En ambos casos es necesario que el hecho resultante haya sido *causado* por la infracción del deber de cuidado y pueda *imputarse objetivamente* a la misma. Ello plantea las dos cuestiones siguientes:

51 a) **¿Fundamenta el resultado el injusto del hecho imprudente?** Si el delito imprudente es esencialmente infracción de la norma de cuidado, ¿por qué ha de depender el injusto de la imprudencia de la circunstancia, a veces fortuita, de que tal infracción cause un resultado? Tan imprudente es la acción de quien pasa a gran velocidad con semáforo en rojo un cruce concurrido si causa un resultado, como si *tiene la suerte* de no causarlo. Y más imprudente es esta conducta no seguida de resultado en una hora punta de máximo tráfico que por la noche, cuando no hay apenas circulación de vehículos, aunque se siga algún resultado lesivo. Por ello ha destacado Exner cómo en toda causación imprudente de resultado hay un «momento de azar».[33]

52 Ello ha llevado a un sector doctrinal a considerar el resultado en la imprudencia una pura «condición objetiva de punibilidad» —fuera, por tanto, de injusto y culpabilidad—.[34] Tal dirección arranca de Welzel, que reservó al resultado la sola función de conceder *relevancia jurídico-penal* a la infracción de la norma de cuidado, cuya gravedad no aumentaría ni disminuiría con la presencia o ausencia del resultado.[35] Por mi parte, creo que, ciertamente, la causación del resultado *no aumenta* la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Eso no significa que la gravedad de la imprudencia no dependa del bien jurídico a que se refiere: el legislador no podría castigar igual un descuido de la misma entidad frente a la vida de otro que ante una cosa de insignificante valor, por la misma razón que

---

33. Cfr. Exner, Wesen, p. 83. Según la STS 9 nov. 76, el grado de imprudencia no depende de la importancia del resultado, que puede depender del azar: cfr. Corcoy, op. cit., p. 88, que recoge una dirección de la jurisprudencia en este sentido.

34. Cfr. Armin Kaufmann, Welzel-Fest., pp. 410 ss.; Zielinski, op. cit., pp. 128 ss., 200 ss.; Schaffstein, Welzel-Fest., p. 561; Lüderssen, op. cit., pp. 14 ss. En la doctrina española se muestra favorable a esta tesis de lege ferenda Rodríguez Ramos, CPC 1 (1977), pp. 61 s. Del todo de acuerdo Corcoy, Delito imprudente, pp. 367 ss. También a favor Beristain, Cuestiones penales, pp. 116 s. En contra en Alemania desde el finalismo Stratenwerth, Schaffstein-Fest., pp. 178 ss. En contra en España también desde el finalismo: Suárez Montes, Consideraciones, pp. 81 s.; Cerezo, Notas, a Welzel, Nuevo sistema, p. 18, nota 4 y p. 35, nota 6. Para una exposición de esta discusión, en contra cfr.: Guallart, ADPCP 1979, pp. 625 ss.; Huerta Tocildo, Sobre el contenido, pp. 25 ss. En contra también STS 537/2005 de 25 abr.

35. Cfr. Welzel, Lb, p. 136 (=trad., p. 193).

no puede castigar igual la lesión intencional de ambos bienes jurídicos. Pero esto explica únicamente que la imprudencia *frente* a determinados bienes jurídicos sea más grave que frente a otros bienes de menor importancia, y no que se exija la *efectiva lesión* de tales bienes. *En suma*: la gravedad de la imprudencia depende, sí, del bien jurídico a que afecta, pero no de su efectiva lesión.

53 ¿Cuál es, entonces, la razón de la exigencia de efectiva lesión? Por una parte puede ser una manifestación del pensamiento causalista, que toma como objeto de valoración no la acción, sino el resultado. Pero, por otra parte, creo que puede justificarse como *garantía de seguridad*, como *prueba necesaria* para dirigir un proceso (ya un daño en sí mismo) contra una persona y entrar a decidir acerca de la importancia de un hecho.[36] Porque la exigencia del resultado sólo *limita* la responsabilidad, excluyendo la de hechos tal vez igualmente imprudentes pero que no causan un resultado lesivo: *no extiende* la responsabilidad a supuestos en que no hay imprudencia. Esta función de *límite de garantía* tiene un sentido político-criminal positivo en la mayor parte de sectores. Ahora bien: cuando, como sucede en el tráfico rodado, el *peligro* para bienes jurídicos importantes aumenta tan considerablemente, y por otra parte la experiencia permite tipificar mejor los límites de la norma de cuidado, por lo que se puede juzgar con cierta seguridad la imprudencia de una acción por sí misma, la necesidad de efectiva causación del resultado disminuye. Así nacen los *delitos de peligro* (cfr. *supra*, Lección 9, II, 3). El CP ha agrupado buena parte de esta clase de delitos en el Título XVII de su Libro II, destinado a los «delitos contra la seguridad colectiva». Un ejemplo de ellos lo ofrece la conducción bajo el efecto de drogas o alcohol (art. 379).

54 La no producción del resultado puede venir a *dar la razón* al sujeto que no creía que su acción fuese tan peligrosa como otros pudiesen pensar. Evidentemente ello no siempre será así, y la falta de un resultado puede ser también producto de la suerte y no signo de la menor peligrosidad de la conducta. Pero, por otra parte, esto último no será lo más frecuente y, por otra parte, no es fácil generalmente decidir si una acción no seguida de resultado era o no tan peligrosa como la que realmente lo produjo. Son éstas importantes razones político-criminales que aconsejan tomar en consideración el dato de la causación de una lesión como indicio de peligrosidad *ex ante* de una acción. Por ello, en los hechos imprudentes la función indiciaria del resultado puede ser más importante que en los dolosos, condicionando con carácter general la posibilidad de punición. Hay que tener en cuenta que, hasta que no producen un resultado lesivo, las conductas imprudentes carecen de la más inequívoca tendencia lesiva de las acciones dolosas, y que no se reconocen más que por señales exteriores insuficientes que no permiten apreciar circunstancias tal vez decisivas, como la experiencia del sujeto, sus facultades personales, su conocimiento de la situación, circunstancias en las que tal vez se basa acertadamente la opinión del sujeto de que su conducta se halla bajo su control. Para valorar todas estas circunstancias habría que abrir un inseguro proceso penal contra el sujeto, con todos sus efectos negativos, en sí mismos punitivos, contando sólo con una

36. Sobre la función probatoria del resultado en la imprudencia cfr. SSTS 13 mar. 76, 19 en. 76, 6 jun. 77, 1 jul. 80, 16 nov. 81. Cfr. Corcoy, op. cit., pp. 90 s. De acuerdo en esto Luzón, Curso, p. 512.

hipótesis que de antemano se advierte como muy dudosa. En estas condiciones puede considerarse razonable, en aras de la *seguridad jurídica* y por el principio *in dubio pro libertate*, que no sea punible el hecho hasta que se cuente con la base indiciaria del resultado, que por lo menos demuestra siempre que algo ha escapado al control del sujeto y que su acción era objetivamente defectuosa, con independencia de si ello puede atribuirse o no al sujeto. Ello resulta especialmente válido en sectores de la vida en que no están suficientemente «tipificadas» jurídica o socialmente las normas de cuidado que deben observarse. Piénsese, por ejemplo, en el ámbito de los cuidados que requieren los niños pequeños, tan discutibles y variables en cada caso en función del conocimiento previo del niño, conocimiento que difícilmente podrá tener el observador. Hay que partir entonces del *principio de confianza* en el criterio del sujeto, que no quiere producir la lesión, a diferencia de lo que sucede en las conductas dolosas, en que la voluntad de lesionar obliga a invertir los términos y partir del *principio de desconfianza* que lleva a la punibilidad de la tentativa. En las actividades peligrosas ahora examinadas, por el contrario, el principio de confianza impide abrir un proceso penal salvo cuando la conducta se demuestre lesiva. Existen, sin embargo, otras esferas de actuación en que la experiencia acumulada permite, atendida su naturaleza, una mayor «tipificación» de las normas de cuidado y es posible ya acudir a la técnica de los *delitos de peligro*, en que se castiga sin necesidad de resultado: es lo que ocurre en el Derecho vigente en materia de tráfico rodado.

55 b) Para que pueda cumplir la función de garantía indicada, **el resultado debe poderse *imputar* precisamente a la imprudencia de la acción**. Ello supone una doble exigencia: a') La *relación de causalidad* entre acción y resultado; b') Que la causación del resultado no sea ajena a la *finalidad de protección* de la norma de cuidado infringida.

56 a') La **relación de causalidad** debe decidirse con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, según lo dicho acerca de la misma en su momento (Lección 10).

57 b') Si la **imputación objetiva** del resultado requiere en general la creación de un riesgo típico que se realice en el mismo (cfr. *supra*, Lección 10, I 3), la creación del riesgo típico ya viene exigida por la necesidad de infracción de la norma de cuidado. Aquí sólo es preciso insistir en la exigencia de que el resultado causado realice el riesgo creado por la infracción de la norma de cuidado. Para ello es preciso además de la relación de causalidad, que la causación del resultado entre dentro de la *finalidad de protección* de la norma de prudencia vulnerada.[37] Ello faltará:

58 1º) Cuando, pese al riesgo creado, **no era previsible el concreto resultado causado**. Así, si eran previsibles unas lesiones menos graves o leves, pero no

37. Este planteamiento, ahora dominante en Alemania, se defendió ya tempranamente (desde 1962) por Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 119 ss. Cfr. también Torío López, ADPCP 1976, p. 39. Desarrolla el criterio de la finalidad de protección de la norma en los delitos imprudentes, distinguiéndolo de otros criterios, Corcoy, Delito imprudente, pp. 561 ss. En esta línea las SSTS 13 oct. 69, 15 oct. 69, 4 jun. 71, 7 oct. 75, 31 mar. 77, 17 en. 80, 13 oct. 93. Cfr. Corcoy, op. cit., pp. 45 y 59.

la muerte, pues la norma de cuidado infringida no se dirigía a evitar la muerte —no puede regularse lo imprevisible—, sino sólo las lesiones.[38]

2º) Cuando **el resultado nada tenga que ver con la infracción cometida**. **59**

Ejemplos: Conduciendo a velocidad excesiva, A atropella a un suicida que se echa bajo sus ruedas. La prohibición de velocidad excesiva no se dirigía a evitar el atropello del suicida. Un conductor carece de permiso de conducir y de los necesarios conocimientos, lo que hace imprudente su conducción, pero la colisión que sufre se debe al hecho de que otro vehículo se salta un stop. **60**

3º) Según la doctrina dominante,[39] lo mismo sucederá cuando el resultado se haya causado por la conducta imprudente, pero *se hubiese causado igual* con otra conducta no imprudente (**casos de comportamiento alternativo correcto**). **61**

Ejemplo: El paciente muere en la mesa de operaciones a causa de la cocaína que le suministró como narcosis el anestesista en lugar de novocaína, que era lo indicado, pero hubiera muerto igual aunque le hubiese suministrado novocaína. **62**

Otros casos de la jurisprudencia alemana que estudia la doctrina en este contexto son los siguientes: el **«caso del ciclista»** (1957), en que un camión atropelló a un ciclista mientras le adelantaba a una distancia antirreglamentaria, pero porque el ciclista, ebrio, se abalanzó sobre él en condiciones en que muy probablemente también habría sido arrollado aunque el camión hubiera observado la distancia requerida; el **«caso del farmacéutico»** (1887), en que un farmacéutico despachó varias veces un medicamento que determinó el envenenamiento del paciente, en base a una receta que sólo lo prescribía una vez, pero que se comprobó luego que el médico habría renovado de habérselo solicitado; el **«caso del pelo de cabra»** (1929), en que una fábrica de pinceles utilizó sin desinfectar, pese a que debía hacerlo, pelos de cabra cuya manipulación ocasionó la muerte de cuatro trabajadoras, pero que se comprobó después que portaban gérmenes que probablemente no habrían podido ser eliminados por la desinfección.[40] **63**

La doctrina dominante exige aquí, para la imputación del resultado, que hubiese sido seguro o prácticamente seguro («probabilidad rayana en la seguridad») que si la acción no hubiese sido imprudente no se hubiera producido el resultado *(in dubio pro reo)*.[41] Para otro sector[42] basta, en todo caso, que la **64**

38. Cfr. Jeschek, Tratado, p. 807; Antón Oneca, PG, p. 218.

39. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 804; Roxin, Lb § 11/64; Stratenwerth, AT (2000), 15/24; Corcoy, Delito imprudente, pp. 451 ss. También así la jurispr. del TS: SS 4 mar. 76, 11 nov. 78. Cfr. Corcoy, op. cit., pp. 52 s. En contra Martínez Escamilla, Imputación, pp. 234 ss.

40. Cfr. Roxin, Problemas, pp. 147 ss. También Corcoy, Delito imprudente, pp. 458 ss.

41. Cfr. referencias en Roxin, Problemas, pp. 156 ss.

42. Cfr. Roxin, Problemas, pp. 167 ss.; el mismo, Lb § 11/68, 76 ss.; Jescheck, Tratado, p. 805. Corcoy, Delito imprudente, p. 521, entiende que «la consideración del comportamiento alternativo adecuado a Derecho es admisible, en orden a excluir la imputación del resultado, sólo si es seguro, con una probabilidad rayana en la seguridad, que esta conducta hipotética hubiera causado igualmente el resultado».

imprudencia *elevara considerablemente el riesgo* para que el resultado sea imputable a la misma (**teoría del incremento del riesgo**).

65 Esta problemática plantea varias cuestiones: la primera es la de si resulta fundado admitir el punto de partida de la doctrina dominante, según el cual no puede imputarse a una conducta imprudente aquel resultado que se habría producido también mediante otra conducta correcta. En el plano de la causalidad, tal planteamiento sólo puede admitirse si se entiende del modo siguiente: no puede imputarse a una conducta imprudente un resultado que se habría producido *exactamente* igual (cfr. *supra*, Lección 10, nota 9), aunque se hubiera eliminado la imprudencia de la conducta. En tal caso podría decirse que la imprudencia no constituye una característica de la conducta que resulte relevante en cuanto a su causalidad respecto del resultado. Sucede lo mismo que si una determinada circunstancia de la ejecución de una acción homicida resulta irrelevante para el resultado. Por ejemplo, si alguien echa veneno en una bebida que ha de ser servida diez minutos más tarde, puede ser irrelevante en orden a la causación de la muerte la circunstancia de que se vierta el veneno en ese preciso momento y no un minuto antes o después. Esto no supone, por supuesto, que la conducta que tiene la circunstancia deje de ser causa del resultado, porque —según lo que mantuve *supra*, Lección 10, I, 2 Aa)— sólo dejaría de serlo si no perteneciera a la clase de conductas sin las cuales no se habría producido el mismo resultado. No todos los elementos de una conducta causal son, pues, relevantes en orden a su causalidad. No lo son aquellos elementos sin los cuales la conducta habría producido el mismo resultado. Cuando la imprudencia de una conducta se halla en esta situación —aun sin ella se habría producido idéntico resultado— puede considerarse que dicha imprudencia no ha sido *causa* del mismo.

66 Pero, según este planteamiento, sólo cabe fundar la absolución en la irrelevancia causal de la imprudencia de una conducta cuando sin ella el resultado producido habría sido *exactamente* el mismo. Esto sucede en casos como el del pelo de cabra o el del farmacéutico, pero no en otros que se incluyen en el grupo aquí examinado de comportamiento alternativo correcto. Con frecuencia se trata sólo de que el resultado hubiera sido *análogo*, pero no idéntico. Por ejemplo, en el caso de la cocaína y en el del ciclista puede resultar difícil probar que, de haberse actuado correctamente, la muerte habría sido exactamente igual. Para fundamentar adecuadamente la solución de estos casos no cabe negar la causalidad de la imprudencia, sino que es preciso acudir a la teoría de la *imputación objetiva*. Si, según ésta, es necesaria la creación de un riesgo típicamente relevante que se realice en el resultado, en los casos que aquí quedan por resolver deberá negarse la imputación objetiva del resultado si se demuestra que éste no constituía realización del riesgo típico creado por la conducta incorrecta, pero no en caso contrario. Así, por ejemplo, si la cocaína no causó la muerte por la específica toxicidad que la hacía contraindicada *ex ante*, sino por una imprevisible constitución anormal del paciente que habría determinado también su muerte aunque se le hubiera suministrado novocaína, el resultado no aparecerá como realización del riesgo que hacía típicamente relevante a la cocaína. En el caso del ciclista también resulta indudable que el riesgo que trataba de evitar la norma de cuidado —y que no se realizó— era el de que algún movimiento propio de la marcha normal de un ciclista pudiese determinar su atropello por el camión, y no el riesgo realmente realizado, que era imprevisible *ex ante*, de que el ciclista se arrojara al vehículo por embriaguez en condiciones en que también habría sido alcanzado por el camión aunque éste hubiera guardado la distancia reglamentaria.

67 Pero adviértase que esta fundamentación permite afirmar convincentemente la responsabilidad penal en los casos en que, pese a comprobarse que se habría producido un resultado equivalente aun sin la imprudencia, el resultado ocasionado sí realiza el riesgo típico creado.

Así, si en el caso de la cocaína ésta causó la muerte por su específica toxicidad, aunque la novocaína hubiera causado también la muerte por una anomalía orgánica del paciente.[43]

68 La segunda cuestión que importa en todos los casos de comportamiento alternativo correcto es: ¿qué ocurre si, como es frecuente en la práctica, *no se sabe seguro* si el resultado constituyó la realización del riesgo típico o, por el contrario, se debió a otro factor imprevisible? El principio *in dubio pro reo* debe conducir en este caso a la impunidad, en cuanto no está probado que se ha realizado el tipo imprudente, que requiere causar un resultado *por* la imprudencia de la conducta. Mas la cuestión anterior que se suscita cuando resulta dudoso que el resultado fuera la realización *(ex post)* del riesgo típico de la conducta descuidada, debe distinguirse claramente de la que se plantea cuando *ex ante* era dudoso que la observancia de determinadas precauciones fuera a servir para evitar el resultado. En este otro caso la norma de cuidado obligaba a observar las precauciones si sin ellas era seguro *ex ante* que se elevaba en forma relevante el riesgo de producción del resultado. Ello sucederá cuando no se sepa seguro *ex ante* si determinadas precauciones van a evitar el resultado, pero sí parezca seguro que con ellas es mucho menos probable que éste se produzca. Si las precauciones pese a ello no se adoptan y *ex post* se prueba que el resultado realizó efectivamente el riesgo que implicaba su no adopción, el principio *in dubio pro reo* no se opondrá al castigo. Pero no bastará la elevación del riesgo *ex ante* si no se confirma *ex post* que se ha realizado en el resultado.

69 Esto último impide admitir con carácter general la **teoría de la elevación del riesgo** que, formulada por Roxin, considera suficiente para castigar, en los casos de duda acerca de si el resultado constituye o no realización del riesgo típico de la conducta, que se compruebe un incremento del riesgo.[44] Es cierto que en algunos de los casos aquí contemplados esta teoría llega a absolver por entender que no existe incremento del riesgo. Pero ello sólo puede hacerlo a costa de manejar un concepto de riesgo *ex post* que, aparte de no hallarse claramente diferenciado del riesgo *ex ante*, ya no constituye un verdadero concepto de riesgo efectivo, sino de probabilidad estadística que puede fallar en el caso concreto. Así, decir que en el caso del pelo de cabra, al no saberse si la desinfección habría evitado el resultado, *ex post* resulta una elevación del riesgo porque sin la desinfección hay menos posibilidades de que el resultado se hubiera podido evitar,[45] es una apreciación estadística que no puede impedir que de hecho en el caso concreto la desinfección pueda haber resultado inútil, en cuyo caso no podría decirse que la falta de desinfección habría creado ningún riesgo efectivo. Y para castigar no basta una estimación estadística, sino una *razonable seguridad* de que en el caso concreto se ha realizado el riesgo típico.

70 Sin duda, aunque exigido por el *in dubio por reo*, esto último supone el inconveniente político-criminal de que no pueden asegurarse bajo pena precauciones útiles[46] en casos como el siguiente: para disminuir el riesgo de infección deben desinfectarse determinados objetos antes de ser usados, pero se sabe de antemano que en un número no despreciable de casos la desinfección no será efectiva, por lo que si no tiene lugar ésta y se produce la infección, no podrá saberse si se habría evitado mediante la desinfección; el obligado a la desinfección sabe,

43. De acuerdo con este resultado, Roxin, Problemas, p. 175.

44. En sentido crítico también, desde diversos puntos de vista: Ulsenheimer (1965), p. 149 y JZ 1969, pp. 3 ss.; Jakobs, Studien, p. 96; Rudolphi, JuS 1969, pp. 550 ss.; Samson, op. cit., p. 47; Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 134 y 136; Arroyo, Protección penal, pp. 195 s.

45. Cfr. Roxin, Problemas, p. 173.

46. Cfr. Roxin, Problemas, p. 159.

pues, que aunque deje de efectuarla no podrá probarse que el eventual resultado se deba a la ausencia de la misma. Esto no puede evitarse en tanto exija la ley para el delito imprudente que el resultado se produzca *por* imprudencia.

II. Preterintencionalidad y delitos cualificados por el resultado

71 1. Si el tipo doloso se caracteriza porque el autor *quiere* —con los matices contemplados— realizarlo, y el tipo imprudente presupone que *no hay voluntad* de ejecutar dicho tipo doloso, la preterintencionalidad se da cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta («*praeter intentionem*» = más allá de la intención»). *Ejemplo:* A quería sólo causarle unas lesiones a B, pero produce su muerte.

72 El problema de la preterintencionalidad se plantea en dos distintos niveles: a) **en general** y b) en relación a **ciertos tipos legales** previstos en la Parte Especial del Código penal. En el primer aspecto se habla de **«preterintencionalidad» en sentido estricto**; en el segundo, de los llamados **«delitos cualificados por el resultado»**. El ejemplo propuesto de lesiones dolosas que causan un homicidio no querido plantea la problemática general de la preterintencionalidad (puesto que no se halla previsto en ningún tipo particular de la Parte Especial). Un ejemplo de «delito cualificado por el resultado» lo ofrecía el art. 411, último párrafo, del anterior CP, que preveía una pena más grave para el caso de que a consecuencia de un aborto o prácticas abortivas se produjere la muerte o lesiones graves de la mujer.[47]

73 Ambos aspectos resultaron directamente afectados por la Reforma Urgente y Parcial de junio de 1983. Uno de los objetivos importantes de ésta fue la eliminación de los vestigios de **«responsabilidad objetiva»** que existían en el Código penal. Tradicionalmente se preveían, en efecto, ciertos preceptos en el Código relativos a formas de preterintencionalidad que, según su interpretación jurisprudencial y en parte también doctrinal, no exigían dolo ni imprudencia respecto del resultado más grave producido. Se hablaba, en este sentido, de «responsabilidad objetiva» como «responsabilidad por el resultado», en base al principio medieval de origen canónico del ***versari in re illicita***. Según éste, debía responder penalmente de un resultado lesivo, aunque fuera fortuito e imprevisible, quien lo causara a consecuencia de una conducta inicial ilícita.[48]

---

47. Cfr. Díez Ripollés, ADPCP 1982, pp. 627 ss.; Luzón, Curso, pp. 544 ss. Sobre los delitos cualificados por el resultado cfr. además las obras de Cardenal Murillo, Baumann, Geilen, Hardwig, Hirsch, Küper, Lorenzen, Oehler, Schubarth, Tenckhoff y Wolter, cit. en la bibliografía.

48. Cfr. Pereda, Versari in re illicita cit., passim; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 316 ss.; Cerezo Mir, ADPCP 1962, pp. 47 ss.; Torío López, ADPCP 1976, pp. 22 ss., 31 ss.; Cardenal, Responsabilidad, pp. 75 ss.

La Reforma de 1983 vino a exigir expresamente al menos imprudencia para poder imputar penalmente un resultado (art. 1 anterior CP) y suprimió ciertos artículos del Código. Se derogaron los artículos que habían sido interpretados —aunque de forma discutible— como base de una regulación *versarista* general de la preterintencionalidad: el párrafo 3º del art. 1 y el art. 50, ambos del anterior CP.[49] Desde 1983, pues, la preterintencionalidad —la realización de un hecho de significado penal distinto a otro también delictivo que se pretendía— no puede dar lugar a una elevación automática de la pena correspondiente al hecho querido, sino sólo en la medida en que exista imprudencia punible respecto al hecho no querido.

74 **El CP actual** prosigue la erradicación de los vestigios del *versari in re illicita* suprimiendo, además, la anterior «atenuante de preterintencionalidad» (art. 9, 4ª anterior CP) y también delitos cualificados por el resultado como el más arriba mencionado del anterior art. 411. Aquella atenuante había servido a la Jurisprudencia tradicional para apreciar el delito de homicidio doloso con dicha atenuante en el llamado **«homicidio preterintencional»** (en que quien quería agredir a otro le causa la muerte sin dolo de matar). Tal construcción, ya rechazada después después de 1983 por la Jurisprudencia,[50] deja ahora de ser ni siquiera posible. *El que queriendo sólo maltratar o lesionar cause la muerte de otro, deberá ser penado con arreglo al art. 77 CP, por existir concurso ideal de lesiones y un delito imprudente de homicidio*[51] —salvo que la muerte sea imprevisible, en cuyo caso sólo cabrá castigar las lesiones.[52]

75 No sería admisible la línea iniciada por la STS 17 dic. 58, consistente en apreciar *sólo imprudencia* en casos de preterintencionalidad.[53] No tiene en cuenta esta solución la existencia de un hecho doloso inicial, que no puede quedar absorbido por la imprudencia respecto del resultado más grave —no es lo mismo atropellar imprudentemente a quien en absoluto se quería lesionar, que a quien inicialmente ya se quería y tal vez se ha conseguido lesionar—. Ello resulta especialmente evidente cuando la pena que corresponde al hecho doloso es más grave que la de la imprudencia. Así, si se querían causar lesiones y la imprudencia en relación a la muerte es menos grave, de estimarse únicamente la imprudencia correspondería menor

49. No obstante, un sector de la doctrina se había esforzado en interpretar estos preceptos de conformidad con el principio de culpabilidad: cfr. Mir Puig, RJCat 1979, *passim*.

50. Esta nueva línea jurisprudencial se inició con las SSTS 9 febr. y 28 marzo 84, y ha proseguido en numerosas sentencias (cfr. Maqueda, CPC nº 31 (1987), pp. 217 ss.), entre las que destaca 26 dic. 87, que decidió correctamente la naturaleza ideal del concurso, cfr Mir Puig, Rev. Jur. Castilla-La Mancha, 1988, pp. 104 ss. También SSAP Zaragoza 76/2000 de 19 set. y Pontevedra 22/2007 de 12 mar.; SSTS 1253/2005 de 26 oct. y 147/2007 de 19 febr.

51. Propuse ya esta solución en Mir Puig, RJCat 1979, p. 99. Después de 1983 dicha solución se aceptó por la Jurisprudencia y la doc. dom.: ver edición anterior, Lec. 11, nota 65. Ahora cfr., en el mismo sentido, Luzón, Curso, p. 542.

52. Así la STS 15 abr. 97.

53. A favor se manifestaron, entre otros, Quintano, Derecho penal de la culpa, pp. 305 ss., Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 214 s. y Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 333 s.

pena con muerte que sin ella, pues las lesiones graves tendrían pena de mayor gravedad.[54] Para evitar esta consecuencia las SSTS 23 mayo 61, 17 dic. 70 y otras posteriores, limitaron la solución de la imprudencia a los casos en que no había intención de lesionar, sino de cometer un hecho distinto —«preterintencionalidad heterogénea» frente a la «preterintencionalidad homogénea» que supone progresión en una misma línea—. Mas esta diferencia de tratamiento no puede admitirse, pues menos razón hay aún para no considerar absorbido el hecho doloso por el imprudente cuando éste posee naturaleza distinta de aquél.

76 En realidad, la estimación de imprudencia ha tenido lugar en la jurisprudencia en casos en que la desproporción o desviación entre el hecho doloso primero y el causado es grande —como sucede cuando con ánimo únicamente de maltratar, y no de lesionar, se causa la muerte por un empujón o bofetada. Entonces habla el TS de «preterintencionalidad heterogénea» y castiga por imprudencia, pero en realidad se trata de casos en que el resultado era ya imprevisible y por tanto falta la imprudencia.[55] Apreciar entonces ésta supone una inadmisible reaparición, bajo otra forma, del *versari in re illicita*, que pretendió expresamente expulsar del Código la reforma de 1983.

77 También ha desaparecido del actual CP la declaración general que se había introducido en 1983 según la cual, «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere casado, al menos, por culpa» (párrafo 2º del anterior art. 1). Esta fórmula estaba destinada a limitar el alcance de los *delitos cualificados por el resultado*, que se seguían manteniendo en la Parte Especial, exigiendo al menos imprudencia respecto al resultado. La desaparición de la fórmula, ya propugnada por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo CP de 1983, puede responder a la voluntad de suprimir por completo los delitos cualificados por el resultado de la Parte Especial.

78 Es discutible que ello se haya conseguido plenamente. Piénsese en preceptos como el art. 418, que sigue hablando de «si resultara grave daño para la causa pública o para tercero» como motivo de agravación de la pena. Habrá que optar, en casos como éste, entre exigir el dolo también para este resultado (dado que la imprudencia sólo es punible si se tipifica expresamente: art. 12 CP) o considerar suficiente la imprudencia en base al principio proclamado por el art. 5, según el cual «no hay pena sin dolo o imprudencia».

54. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 452 ss.
55. Cfr. Rodríguez Mourullo, ibidem.

Lección 12.
EL TIPO DE OMISIÓN

Bibliografía

Alcácer, Como cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad, en A.A.V.V., Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón, 2004; *Alastuey*, Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del TS, ADPCP 1992, pp. 969 ss.; *Álvarez García*, Comisión por omisión y legalidad penal, Rev. de Derecho Penal, 2007; *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *Arzt*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, pp. 553-560, 647-654, 712-717; *Bacigalupo*, Conducta precedente y posición de garante, en ADPCP 1970, pp. 35-48; *el mismo*, Delitos impropios de omisión, 2ª ed., Buenos Aires, 1983 y Madrid 2005; *el mismo*, La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial, CDJ 1994, pp. 63 ss.; *Bajo*, Manual de Derecho penal, Parte Especial, Delitos contra las personas, 1986; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Bärwinkel*, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *Behrendt*, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; *Bertel*, Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?, JZ 1965, pp. 53-55; *Blanco Lozano*, La omisión del deber de socorro en el Derecho penal, 2009; *Blei*, H., Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, en Helmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 119 ss.; *Börker*, Der Irrtum des Unterlassungstäters über die Rechtspflicht zum Handeln, JR 1956, pp. 87- 90; *Böhm*, Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, pp. 177-181; *el mismo*, Die Rechtspflichten zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, tesis, Frankfurt, 1957; *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994; *el mismo*, Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, en Mir/Luzón (eds.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, pp. 129 ss.; *Brammsen*, Tun oder Unterlassen, GA nº 149 (200), pp. 193 ss.; *von Buri*, Über die Begeheung der Verbrechen durch Unterlassung, GS 21 (1869), pp. 189-218; *Busch*, Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, v. Weber-Festschrift, 1963, pp. 192 ss.; *Busse*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, tesis, Göttingen, 1974; *Bustos Rubio*, Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de derecho penal mínimo e inexigibilidad, en CPC (112) 2014; *Cadoppi*, Il reato omissivo proprio, 2 vol., 1988; *el mismo*, La distinzione fra reato omissivo proprio ed improprio, en Studi Parmesi, v. 36 (1984), pp. 143 ss.; *el mismo*, «Non evento» e beni giuridici «relativi»: spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività, en Indice Penale, 1989, pp. 373 ss.; *Carbonell Mateu*, La equivalencia significativa en la comisión por omisión, en CPC (113) 2014; *Carpio*, Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico (art. 385 CP), en Seguridad vial y derecho penal: análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad, 2008; *Corcoy*, Criterios jurisprudenciales en materia de imprudencia, tesina, Barcelona, 1984; *Correcher Mira*, Aproximación a los delitos de omisión en el ámbito jurídico del common law, RGDP (19) 2013; *Cuadrado*, La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art. 363, 1998; *la misma*, La posición de garante, RDPCr (6) 2000, pp. 11 ss.; *Cuerda Arnau*, Límites constitucionales de la comisión por omisión, en LH al Prof. Vives Antón, 2009;

De la Cuesta Aguado, Tipicidad e imputación objetiva, 1996; *Dahm*, Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59 59 (1940), pp. 133-183; *Demetrio*, Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados, en Demetrio/Serrano-Piedecasas (dirs.), Cuestiones actuales de Derecho penal económico, 2008; *Dehne-Niemann*, Omissio libera in causa bei »echten« Unterlassungsdelikten. Zur Verhaltensgebundenheit »echten« Unterlassens am Beispiel der §§ 266a I, 323c StGB, GA, 2009; *Díaz y García*, Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión, PJ 24 (1991), pp. 203 ss.; *el mismo*, Omisión de socorro a la propia víctima, EDJ, 2007; *Dopico*, Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas, en ADPCP 2002, pp. 235 ss.; *el mismo*, Comisión por omisión y principio de legalidad. El art. 11 CP como cláusula interpretativa auténtica, en RDPC, nº extra 2, 2004, pp. 279 ss.; *el mismo*, Omisión e injerencia en Derecho penal, 2006; *Engisch*, Tun und Unterlassen, Gallas-Festschrift, 1973, pp. 163 ss.; *Fiandaca*, Il reato comisivo mediante omissione, 1979; *el mismo*, Reati omissivi e responsabilità penale per omissione, Archivio penale 1983, pp. 3-66; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992; *Fresellen*, Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung, 1980; *Fuhrmann*, Der Irrtum über die Garantenpflichten bei den Unterlassungsdelikten, GA 1962, pp. 161-176; *Gallas*, La teoría de delito en su momento actual, trad. Córdoba Roda, 1959; *el mismo*, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *Galliani*, Il problema della condotta nel reati omissivi, 1980; *Geilen*, Zur Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer, JZ, 1965, pp. 469 ss.; *el mismo*, Garantenpflichten aus ehelichen und eheähnlichen Gemeinschaft, FamRZ 1961, pp. 147-160; *Geppert*, Zur Problematik der Umwandlung des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW 82 (1970), pp. 40-73; *Gimbernat*, Recensión del libro «Delitos impropios de omisión», de E. Bacigalupo, ADPCP 1970, pp. 724-726; *el mismo*, Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento, ADPCP 1987, pp. 579 ss.; *el mismo*, Causalidad, omisión e imprudencia, ADPCP 1994, pp. 25 ss.; *el mismo*, La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición, en Ensayos Penales, 1999; *el mismo*, El delito de omisión impropia, RDPCr (4) 1999, pp. 525 ss.; *el mismo*, La causalidad en la omisión impropia y la llamada "comisión por omisión", en ADPCP v. LIII, 2000; *el mismo*, Unechte Unterlassung und Risikoerhöung im Unternehmensstrafrecht, en Festschrift für C. Roxin, 2001; *el mismo*, La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión), en Libro homenaje al Dr. J. Cerezo, 2002; *el mismo*, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassung, 2013; *Gómez Rivero*, La intervención omisiva en el suicidio de un tercero, AP 1998-2, pp. 889 ss.; *González Serrano*, Delincuencia de omisión, ADPCP 1951, pp. 303-330; *Gómez Tomillo*, El deber de socorro (art. 195.1 del CP), 2003; *Gracia Martín*, Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (y II), AP 1994, pp. 345 ss.; *el mismo*, Comisión por omisión en el Derecho penal español, AP, 1995, pp. 694 ss.; *el mismo*, Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante), en A.A.V.V., Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, 2001, pp. 411 ss.; *Grünwald*, Das unechte Unterlassungsdelikt, tesis, Göttingen, 1956; *el mismo*, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikten, ZStW 70 (1958), pp. 412 ss.; *el mismo*, Der Vorsatz des Unterlassunsdelikts, Helmuth Mayer-Festschrift, 1966, pp. 281 ss.; *Haffke*, Unterlassung der Unterlassung?, ZStW 87 (1975), pp. 44-73; *Haft*, Die Unterlassungsdelikte —ein Lernprogramm—, JA 1982, pp. 473-477; *Hall*, Über Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, 1965, pp. 213-230; *Hardwig*, Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, ZStW 74 (1962), pp. 27 y ss.; *Heinitz*, Der Irrtum des Täters über die Rechtspflicht zum Handeln bei den echten Unterlassungsdelikten, JR 1959, pp. 285-288; *Henkel*, Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MSchrKrim 44 (1961), pp. 178 ss.; *Herzberg*, Garantenpflicht aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, p. 74; *el mismo*, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, pp. 881-883; *el mismo*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Honig*, Die Intimsphäre als Kriterium strafbaren Begehens durch Unterlassen, Schafftein-Festschrift, 1975, pp. 75 ss.; *Hruschka*, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit (como edición anterior), Bockelmann-Festschrift 1979, pp. 421 ss.; *Huerta*, ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?, CPC 17 (1982), pp. 231-255; *la misma*, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987; *Jaén Vallejo*, Contenido y alcance del deber de garante de los miembros de un consejo de administración: ¿debe extenderse el deber de vigilancia a actos de ilegalidad como la distracción de dinero? (STS núm. 234/2010, de 11-3), en CPC (102) 2010; *Jakobs*, La competencia por organización en el delito omisivo, trad. de Peñaranda, Bogotá, 1994; *el mismo*, La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 1997, pp. 347 ss.; *el*

mismo, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996 (= La imputación penal de la acción y de la omisión [trad. de Sánchez-Vera], ADPCP 1996, pp. 835 ss.); *el mismo*, Teoría y *praxis* de la injerencia, en ADPCP, t. LII, 1999; *el mismo*, La omisión: estado de la cuestión, (trad. de Sánchez-Vera), en Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 131 ss.; *Jescheck*, Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen, en Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 795 ss.; *el mismo*, Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado, en Jornadas sobre la Reforma del Derecho penal en Alemania, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 77 ss.; *Jiménez de Asúa*, Los delitos de omisión, Rev. D. Penal (Argentina), V, 1949, pp. 309 ss.; *Jorge Barreiro*, Omisión e imprudencia, en CDJ 1994, pp. 223 ss.; *Kahlo*, Das Bewirken durch Unterlasen bei drittvermiteltem Rettungsgeschehen, GA 1987, pp. 66 s.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassen mit der Begehung, JuS 1961, pp. 173 ss.; *el mismo*, Unterlassung und Vorsatz, H. v. Weber- Festschrift, 1963, pp. 207 ss.; *Arthur Kaufmann*, Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt, JZ 1963, pp. 504 ss.; *Kienapfel*, Aktuelle Probleme der unechten Unterlassungsdelikte, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t, II, 1974, pp. 77 ss.; *el mismo*, Die Garantenpflichten (§ 2 StGB). System, Voraussetzungen und Grenzen., JBI 1975, pp. 13 ss. y 80 ss.; *el mismo*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, OJZ 1976, pp. 281 ss.; *Kugler*, Ingerenz und Selbsverantwortung (tesis), Bochum, 1972; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *Lampe*, Ingerenz oder dolus subsequens?, ZStW 72 (1960), pp. 93 ss.; *el mismo*, Zur Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 (1967), pp. 476-514; *el mismo*, Die Pflicht zum Rückruf in der strafrechtlichen Produkthaftung, en Festschrift für A. Eser, 2005; *Lacruz López*, Comportamiento omisivo y Derecho penal, 2004; *Lamas Leite*, As "posições de garantia" na ommissão impura, Coimbra 2007; *Landau*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit aus Eigentum und Besitz bei den unechten Unterlassungsdelikten, (tesis), Münster, 1976; *Lascuraín*, Fundamento y límites del deber de garantía del empresario, en A.A.V.V., Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Tiedemann, 1995, pp. 209 ss.; *el mismo*, Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, 2002; *Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, I y II, 1836 y 1840; *Luzón Peña*, Nota a la STS 3-III-1980, RDCirc 1980, pp. 386-388; *el mismo*, Nota a la STS 24-IV-1974, RDCirc 1974, pp. 269-273; *el mismo*, La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, en PJ, 1986, pp. 73 ss.; *el mismo*, La posición jurisprudencial sobre la omisión de socorro a la víctima y su repercusión sobre los requisitos del dolo, en Poder Judicial, 1986, pp. 954 ss.; *el mismo*, Derecho penal de la circulación, 2ª ed., 1990; *Macià Gómez,* La evolución jurisprudencial española respecto a la posición de garante, en RGDP (11) 2009; *Macior*, Das Verbrechen als verbotene Handlung oder als Mangel der gebotenen Handlung, ZStW 93 (1981), pp. 1053-1069; *Maiwald*, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, pp. 473-483; *Maraver*, El principio de confianza en Derecho penal, 2009; *Meyer-Bahlburg*, Die Garantenstellung bei den Unterlassungsdelikten, GA 1966, pp. 203-207; *el mismo*, Unterlassen durch Begehen. Die Garantenstellung bie den unechten Unterlassungsdelikten, GA 1968, pp. 49-53; *el mismo*, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, MSchrKrim 1965, p. 247-253; *el mismo*, Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte, (tesis), Hamburgo, 1962; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982; *Nagler*, Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, GS 111 (1938), pp. 1-121; *Nickel*, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz nullum crimen sine lege, 1972; *Nino*, ¿Da lo mismo omitir que actuar?, La Ley, Revista jurídica argentina, 1979-C, pp. 801-817; *Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989; *Novoa Monreal*, Los delitos de omisión, DP (Argentina), nº 21 (1983), pp. 19 ss.; *el mismo*, Fundamentos de los delitos de omisión, Buenos Aires, 1984; *Núñez Paz*, Notes of action, omission (offenses of failing to act) and commission by omission in Spanish law, Polskiej Akademii Nauk, 2006; *el mismo*, Omisión impropia y Derecho Penal (acerca del artículo 11 del Código Penal español), en RP (20) 2007; *Nuvolone*, L'omissione nel Diritto Penale italiano. Considerazioni Generali Introduttive, L'Indice Penale 1982, pp. 433-439; *Orts Alberdi*, Delitos de comisión por omisión, Buenos Aires, 1978; *Otto*, Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974, pp. 528-535.; *Overbeck*, Unterlassung durch Begehung, GS 88 (1922), pp. 319-337; *Pastrana*, La responsabilitat penal del funcionari de presons: aspectes omissius, 1998; *el mismo*, Infracción de los deberes de intervención del funcionario de prisiones y artículo 11 CP, RPJ (50) 1998, pp. 203 ss.; *Pawlik*, El funcionario policial como garante de impedir delitos, en InDret 1/2008; *el mismo*, Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils: Bemerkungen zur Lehre von den

Garantenpflichten, en Festschrift für C. Roxin, 2011; *Peñaranda*, Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones), en LH al Prof. González-Cuéllar García, 2006; *Pfleiderer*, Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968; *Pfohl*, Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Duldung unzureichender Abwassererreinigungsanlagen, NJW 1994, pp. 418 ss.; *Piña Rochefort*, La omisión como pretexto: las propuestas de normativización dogmática del primer Jesús-María Silva Sánchez, en Robles/Sánchez-Ostiz (coords.), La crisis del derecho penal contemporáneo, 2011; *Proske*, Zur Gleichstellungsproblematik beim unechten Unterlassungsdelikt. Wertung und Interessenausgleich im Recht, 1975, pp. 203-219; *Quintano Ripollés*, «Delito de comisión por omisión», NEJ Seix, VI, 1975, pp. 469-475; *el mismo*, «Delito de omisión», NEJ VI 1975, pp. 478-480; *Quintela de Brito*, A tentativa nos crimes comissivos por omissão, Coimbra 2000; *Ranft*, Garantieplichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung ZStW 94 (1982), pp. 815-863); *el mismo*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1963, pp. 340-345; *Rebollo*, Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 641 ss.; *Requena Juliani*, Delitos de acción y posición de garante, en CPC (102) 2010; *el mismo*, Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva, 2010; *Robles*, Zwischen Beihilfe zur Tat und unterlassener Hilfeleistung: Zugleich ein Beitrag über die Verletzung der Solidaritätspflichten im Strafrecht, GA, 2008; *el mismo*, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito: (El ejemplo de la intervención por omisión), InDret 2/2012 (trad. al alemán en, Die zwei Stufen der Beteiligungslehre - am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen, GA, 2012); *el mismo*, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, 2007; *el mismo*, Deberes negativos y positivos en Derecho penal, InDret 4/2013 (trad. al alemán en, Negative und positive Pflichten im Strafrecht, GA, 2013); *Rodríguez Mourullo*, El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la injerencia. ADPCP 1973, pp. 501-532; *el mismo*, La omisión de socorro en el CP, 1966; *el mismo*, La cláusula general sobre la comisión por omisión, en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 905 ss.; *Rolland*, Le délit d'omission, R. Sc. Crim. 1965, pp. 583 ss.; *Romeo Casabona*, Los delitos de comisión por omisión..., en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 925 ss.; *el mismo*, ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?. (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor), RDPC (2), 1998; *Romeo Malanda*, Responsabilidad penal por la omisión de tratamientos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados, en Derecho y Salud, v. 14, nº 1, 2006; *Roxin*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-Festschrift, 1969, pp. 380 ss. (=En el límite entre comisión y omisión, Problemas básicos del Derecho Penal, trad. Luzón Peña, 1976, pp. 226-247); *el mismo*, Injerencia e imputación objetiva, en RP (19) 2007; *el mismo*, Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen, GA, 2/2009; *el mismo*, Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualitizierter Belehrung, HRRS, 2009; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *el mismo*, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR 1967, pp. 1 ss.; *Rueda Martín*, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, 2013; *la misma*, La cooperación por omisión en un delito de acción doloso y la determinación de su identidad con la cooperación activa: una propuesta, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *la misma*, Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal: Comentario a la STS nº. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013, en InDret 1/2015; *Sáinz Cantero*, El delito de omisión del deber de socorro, RGLJ 209, 1960, pp. 422-454; *Sameluck*, Zur Unterscheidung des Begehungsdelikts vom Unterlassungsdelikt, (tesis), Hamburgo, 1976; *Samson*, Begehung und Unterlassung, en Welzel-Festschrift 1974, pp. 579 y ss.; *Sánchez Tejerina*, Teoría de los delitos de omisión, 1918; *Sánchez-Vera*, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, ADPCP, t. 48 (1995); *el mismo*, Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez sobre la agravante de parentesco del art. 23 CP, AP 1999-1, pp. 215 ss.; *Sánchez Tomás*, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, 2005; *Sánchez-Vera*, Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Sanz-Díez de Ulzurrun*, La comisión por omisión en el Código Penal de 1995, La Ley 1999-1, pp. 1747 ss.; *Sauer*, Das Unterlassungsdelikt, GS 114 (1940), pp. 279-321; *Sauer*, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Frank-Festschrift, I, 1930, pp. 202-229; *Schaffstein*, Die unechten Unterlassungsdelikte im System de Strafrechts, Gleispach-Festschrift, 1936, pp. 70 ss.; *Schmitt*, Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959, pp. 432 ss.; *Schöne*, Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977, pp. 150-159; *el mismo*, Unterlassene

Erfolgsabwendugen und Strafgesetz, 1974; *Schünemann*, Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, pp. 231-242; *el mismo*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikten, 1971; *el mismo*, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassen, ZStW 96 (1984), pp. 287 ss.; *el mismo*, Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, RPJ (51) 1998, pp. 201 ss.; *el mismo*, Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, en RPJ nº 51, 1998; *el mismo*, Zur Regelung der unechten Unterlassung in der Europa-Delikten, en *Tiedemann* (ed.), Wirtschaftstrafrecht in der Europäischen Union, 2002; *el mismo*, El denominado delito de omisión impropia o la comisión por omisión: un ejemplo paradigmático de la relación entre ontologismo y normativismo en derecho penal, en Bernal Acevedo (coord.), Temas actuales en la dogmática penal, 2013; *Seelmann*, Opferinteressen nund Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, en GA 1989 (trad. al español en, Intereses de la víctima y responsabilidad por la acción en la dogmática de los deberes de garante, en Seelmann, Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal, 2013); *el mismo*, Privatrechtlich begründete Garantenpflichten?, en Ringvorlesung, 1994 (trad. al español en, ¿Deberes de garante fundamentados en el derecho privado?, en Seelmann, Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal, 2013); *el mismo*, Nichstun als Straftat. Bedeutungszuwachs und Problempotential der unechten Unterlassungsdelikte, en ZStrR 2007 (trad. al español en, El no hacer como hecho punible, en Seelmann, Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal, 2013); *Sgubbi*, Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, 1975; *Silva*, El delito de omisión, 1986; *el mismo*, Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros, ADPCP 1987, pp. 451 ss.; *el mismo*, La responsabilidad penal del médico por omisión, en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, 1988, pp. 125 ss. (= La Ley 1987-1, pp. 955 ss.); *el mismo*, Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención, CPC 1989, pp. 367 ss.; *el mismo*, Política criminal y reforma legislativa en la «comisión por omisión», en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 1069 ss.; *el mismo*, La comisión por omisión, en Asúa Batarrita (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, 1997, pp. 37 ss.; *el mismo*, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, pp. 51 ss.; *el mismo*, Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión…, en A.A.V.V., Problemas específicos de la aplicación del CP (CGPJ), 1999, pp. 153 ss.; *el mismo*, Estudios sobre los delitos de omisión, Lima, Perú 2004; *Sola Reche*, La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP, 1999; *Spendel*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, en E. Schmidt-Festschrift, 1961, pp. 182-199; *el mismo*, Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973, pp. 137 ss.; *Steiner*, Die Begehung schlichter Tätigkeitsdelikte durch Unterlassen, de lege lata et ferenda, MDR 1971, pp. 260-262; *Stree*, Garantenstellung kraft Übernahme, en H. Mayer-Festschrift, 1966, pp. 145-164; *Struensee*, Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ 1977, pp. 217-222; *el mismo*, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *el mismo*, Handeln und Unterlassen..., en Festschrift f. Stree und Wessels, 1993, pp. 133 ss.; *el mismo*, Delitos de comisión y de omisión, (Ziffer trad.), Bogotá, 1996; *Tavares*, Der Irrtum bei den Unterlassungsdelikten, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Tenckhoff*, Zur Anwendbarkeit des § 13 StGB auf schlichte Tätigkeitsdelikte, en Festschrift f. Spendel, 1992, pp. 347 ss.; *Torío*, Aspectos de la omisión especial de socorro, ADPCP 1967, pp. 581-602; *el mismo*, Límites político-criminales del delito de comisión por omisión, ADPCP 1984, pp. 702 ss.; *Trapero*, La participación omisiva en el delito de abusos sexuales: ¿la guarda de hecho como posible fundamento de la posición de garante?, en Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, 2003; *Traeger*, Das Problem der Unterlassengsdelikte im Straf und Zivilrecht, 1913; *Ulmer*, Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten, JZ 1969, p. 163 ss.; *Ulsenheimer*, Strafbarkeit der Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Handlung, JuS 1972, pp. 252-256; *Vidal*, Delitos de omisión, DP (Argentina), jul.-dic. 1977, p. 165-176; *Varona*, Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro, 2005; *Vielva*, La eutanasia y el debate sobre la diferencia entre matar y dejar morir, en Miscelánea Comillas, nº 58, 2000; *Vives*, Presupuestos metodológicos de la dogmática de la omisión: una reflexión desde el pensamiento de Von Wright, en Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, (15) 2014; *Vogel*, Norm und Pflicht bie den unechten Unterlassungsdelikte, 1993; *Volk*, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, en Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 219 ss.; *Welp*, Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *Welzel*, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, pp. 494-497; *el mismo*, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, NJW 1953, 327-329; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1964; *Zugaldía*, Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del art. 489 bis: el mismo, Eutanasia y homicidio a petición, Rev. Fac. Dº Granada nº 13 (1987) pp. 281 ss.

I. Concepto[1]

1 Del art. 10 CP se desprende que no sólo la «acción», sino también la «omisión» originará la presencia de un delito si se halla «penada por la ley». Dos son, pues, las modalidades que desde este punto de vista, puede presentar el tipo legal: como *tipo de acción* y como *tipo de omisión*. Contra lo que en un principio, desde una metodología naturalista, se pensó, no es el carácter *activo o pasivo* de la conducta lo que distingue a ambas clases de tipos, sino la diferente estructura de los mismos y su diverso significado como base positiva del injusto. En cuanto a su **estructura**, mientras que los tipos de acción se realizan si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista —en absoluto es necesaria la pasividad—. Por lo que afecta al distinto **significado normativo** de los tipos de acción y de omisión, mientras que los primeros (tipos de acción) son la base de la infracción de una norma *prohibitiva* de una intervención activa indeseable por su nocividad, los segundos (tipos de omisión) son la base de la infracción de una norma *preceptiva*, que obliga a una determinada cooperación deseable. El injusto del delito de acción consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe; el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva.[2]

2 Adviértase que el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta *activa* distinta de la ordenada. *Ejemplo:* Quien encuentra a un excursionista en una situación de grave peligro para su vida, puede cometer el delito de omisión de socorro del art. 195 CP a través, precisamente, de la conducta positiva representada por el *marcharse* del lugar de peligro (cfr. *supra*, Lección 7, III, 3).

---

1. Para un análisis crítico de los diferentes conceptos de omisión sostenidos en la doctrina vid. Silva, Delito de omisión, pp. 21 ss.

2. Silva, Delito de omisión, pp. 146 ss., 158s., propone una concepción material distinta, según la cual en los delitos de omisión, a diferencia de lo que sucede en los de comisión (esto es, de acción), se imputa al sujeto una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no causadas por la conducta de aquél. Esta caracterización resulta útil para explicar una clase de delitos de omisión, los de comisión por omisión (en que se castiga no evitar un resultado lesivo que no causa el sujeto con su comportamiento típico: cfr. infra IV 1 A), y tal vez los que consisten en no disminuir un peligro existente (como la omisión de socorro), pero conduce a calificar como de acción (de comisión) delitos tradicionalmente considerados de omisión (pura) en los que la falta de la prestación exigida lesiona o pone en peligro (idealmente) un bien jurídico. Según Cadoppi, L'Indice Penale 1989, pp. 396 ss., se trata aquí de bienes jurídicos «relativos», en el sentido de que su mantenimiento requiere que sean «alimentados» positivamente. La falta de «alimentación» de un bien jurídico «relativo» constituiría precisamente, para Cadoppi, la ofensividad específica de los más «verdaderos y propios» delitos de omisión (p. 395).

II. Ubicación sistemática

3 El planteamiento propuesto ha de llevar a una consecuencia que a menudo se desconoce: si en Derecho penal la presencia de una omisión no depende del carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura del *tipo* y de su significado como base de la infracción de una norma *penal* preceptiva, no podrá decidirse la existencia de una omisión en el sentido del Derecho penal *antes* de contemplar el *tipo legal*. No hay para el Derecho penal una omisión que *deba precederle*. Por ello, la problemática de la omisión no puede tratarse como realidad que la ley presupone y se da con independencia de ella[3], sino sólo en el seno de la teoría del *tipo de injusto*,[4] como una de sus modalidades según la clase de norma que puede infringir —y no según la especie de la conducta.

4 Ciertamente, existen omisiones fuera del ámbito del Derecho penal: basta la infracción de cualquier norma preceptiva de carácter moral, social o jurídica no penal, para que concurra una omisión. El Derecho penal no crea el concepto de omisión. Pero para la existencia de una omisión jurídico-penal *no es preciso* que se dé una omisión anterior a la ley penal: no es necesario que a la infracción de la norma jurídico-penal preceptiva se añada previamente la de una norma no penal. Esto indica —como señaló Gallas[5]— que sólo la ley penal es decisiva para la afirmación de una omisión jurídico-penal. Aunque *pueda existir* —lo que normalmente sucederá— una «omisión prejurídica» en el sentido que se esfuerza en subrayar la teoría social de la acción, tal clase de omisión no es presupuesto necesario para la concurrencia de una omisión jurídico-penal[6].

5 En cambio, la presencia de un «comportamiento» previo al Derecho penal sí es requisito de *todo* tipo penal. Ello es evidente respecto de los tipos de acción (positiva), pero debe afirmarse asimismo para los tipos de omisión.[7] También éstos presuponen la realización de una conducta humana que posea el carácter de toda acción: la voluntariedad. Tal carácter deberá ostentar la conducta *positiva* realizada en lugar de la ordenada (en el ejemplo antes propuesto, la acción de *marcharse* del lugar del accidente, o la de *quedarse* sin prestar auxilio), y faltará por las *mismas* causas que excluyen la acción en los tipos de acción: fuerza irresistible, actos reflejos o inconsciencia[8].

6 Según esto, no existen causas específicas de ausencia de comportamiento humano en la omisión. No lo es la falta de capacidad de actuación según lo ordenado, ni siguiera cuando se trate de incapacidad para todo hombre (en contra de una dirección seguida por Jescheck).[9] En el ejemplo que propone este autor, el espectador berlinés que contempla por televisión un accidente deportivo muy alejado en el espacio, pese a su evidente falta de capacidad de intervención, creo que realiza una acción humana: contemplar la televisión (cfr. *supra*, Lección 8, III, 3)[10]. Si esta acción no constituye omisión es porque la ley penal no puede imponer al autor el deber de auxiliar. De ahí que éste no realice ningún tipo de omisión. La incapacidad

---

3. Lo cual no quiere decir que el concepto de comportamiento que importa al Derecho penal no deba decidirse en base a las exigencias del mismo. Pero esta decisión supone una selección entre sentidos previos de comportamiento. Cfr. sobre esto supra, Lec. 7 III 2.
4. Cfr. Silva, Delito de omisión, pp. 133 ss.
5. Cfr. Gallas, Teoría del delito, pp. 17 ss.
6. Cfr. Silva, Delito de omisión, pp. 91 ss.
7. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 52 ss.; Bacigalupo, Delitos de omisión, pp. 75 ss.
8. Sobre esto, detalladamente, Silva Sánchez, Delito de omisión, pp. 123 ss.
9. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 298.
10. En contra expresamente Gimbernat, ADPCP 1987, p. 598 nota 68.

de realizar la conducta ordenada (mal llamada «incapacidad de acción» porque no es incapacidad de efectuar toda acción, sino sólo la esperada), sea objetiva o subjetiva, es solamente un límite tácito del *deber* de actuar que en principio supone el *tipo* de omisión.

III. Acción y omisión en casos límite

7 Del concepto de omisión que se empezó por proponer se deduce que la diferencia entre los delitos de acción y de omisión se halla en la naturaleza de la norma, prohibitiva o preceptiva respectivamente. Pero a veces sucede que una misma conducta parece infringir a la vez ambas clases de normas. Debe entonces decidirse si nos hallamos frente a un delito de acción *o* de omisión (aparte de la posibilidad de que se produzca un concurso de delitos de acción y de omisión).

8 Tal decisión puede no ser elemental en ciertos supuestos, como en los delitos *imprudentes*, ya que en ellos será con frecuencia una causación —*positiva*— del resultado la consecuencia de la inobservancia —*omisión*— del cuidado debido. En la doctrina alemana se ha propuesto un criterio aceptable para resolver en casos como éstos la presencia de acción u omisión: debe empezarse preguntando si el resultado se ha *causado* por una acción positiva, sea dolosa o imprudente, que constituya delito; cuando la respuesta sea positiva deberá afirmarse la presencia de un delito de acción **(criterio de la causalidad)**.[11]

9 *Ejemplos:* En lugar de novocaína, que era lo indicado para anestesiar al paciente, se le suministra cocaína, por la que perece: puesto que el resultado letal es imputable a una acción positiva —suministro de cocaína— que constituye delito, no cabe plantear la existencia de un delito de omisión por no haber suministrado novocaína. Por amabilidad A lleva en su coche a B, que se encuentra bajo los efectos del alcohol, pero cuando éste le insiste en querer conducir, deja que lo haga, lo que motiva un accidente: el resultado lesivo no se debe a ninguna conducta positiva de A que constituya delito, pues el acceder a que B tome el volante sólo tiene el significado omisivo de no haberlo impedido.

10 Sin embargo, deben efectuarse dos precisiones. La primera es que, pese a comprobarse la presencia de un delito de acción, podrá concurrir *además* un delito de omisión cuando exista una fase omisiva cuyo desvalor no resulte abarcado por el delito de acción. Así, por ejemplo, cuando el conductor atropella a una persona por imprudencia (delito de acción) y a continuación se da a la fuga dolosamente sin socorrer (delito de omisión).

11 La segunda observación es que existe un grupo de casos en que es dudosa la validez del criterio de distinción mencionado. Se trata de los supuestos de

11. Cfr. por todos: Bacigalupo, Delitos de omisión, pp. 70 ss.; Jescheck, Tratado, pp. 830 s. También así Novoa, Fundamentos, p. 207.

interrupción de un tratamiento médico que mantiene artificialmente con vida a un paciente que ha dejado de tener posibilidad alguna de sobrevivir por sí solo. Es razonable sostener que en estos casos la interrupción ha de considerarse una modalidad de omisión, tanto si tiene lugar dejando de suministrar algún medicamento o auxilio, como si supone una intervención activa de desconexión (así desconexión de un corazón-pulmón artificial).[12] Tal omisión podrá considerarse atípica o justificada si se niega el *deber jurídico-penal* de prolongar una vida que carece de expectativas de subsistencia independiente. Se evita así tener que imputar necesariamente un homicidio (o asesinato) al que realiza o participa en la desconexión del paciente —solución inevitable si se afirma que la muerte se produce por *acción* positiva.

12 La decisión de si concurre acción u omisión posee importancia práctica por la razón de que son menos los requisitos necesarios para los delitos de acción que para los de comisión por omisión: Como se verá, éstos últimos presuponen el elemento *adicional* representado por la *posición de garante* del autor[13].

IV. Clases: omisión pura y comisión por omisión[14]

13 1. A) De la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo *no hacer* algo determinado, o requerir además la *no evitación de un resultado*. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de **omisión pura**, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de **comisión por omisión**.

14 Esta terminología es preferible a la de delitos de omisión *propia e impropia*,[15] pues, aunque un importante sector doctrinal la considera equivalente, otra

12. Así la doc. dom. Cfr., por ejemplo, Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, pp. 107 ss.; Roxin, Engisch-Festschrift, pp. 395 s. Afirma una acción, pero sostiene también la impunidad, Zugaldía, Rev. Fac. Dº Univ. Granada, nº 13 (1987), pp. 286 s.

13. Sobre los problemas teóricos y los casos más complicados en la delimitación entre delitos de acción y de omisión, Silva, Delito de omisión, pp. 163 ss. Vid. un resumen de los distintos criterios que baraja la doctrina y jurisprudencia alemanas para delimitar delitos de acción y delitos de omisión en Kühl, Strafrecht, AT, 3ª ed., 18/13-25, exigiendo el requisito de la responsabilidad especial para una completa equivalencia entre acción y omisión.

14. Sobre las diversas clasificaciones posibles en el seno de los delitos de omisión vid. Silva, Delito de omisión, pp. 311 ss. Este autor propone una distinción tripartita entre omisiones puras generales, omisiones puras de garante y comisión por omisión, acogiendo un concepto más restringido de comisión por omisión. Sobre ello cfr. Delito de omisión, pp. 344 ss. y CPC 1989, p. 369 nota 7. Propone una clasificación distintiva de las omisiones orientada en criterios axiológicos, Baldó, Estado de necesidad, pp. 53 ss.

15. En España está más extendida la expresión «comisión por omisión» que la —también manejada— de «omisión impropia»: cfr. por ejemplo, Antón Oneca, PG, p. 170; Jiménez de Asúa, Tratado, III (1965), pp. 389 ss.; Rodríguez Mourullo, Omisión de socorro, p. 77.

dirección reserva el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos por la ley, incluyendo en la omisión propia las figuras legales, sean de pura omisión, sean de comisión por omisión.[16]

15 *Ejemplos:* El art. 195 CP (omisión de socorro) no contempla la necesidad de que se produzca un resultado, sino que se contenta con el solo no prestar auxilio, por lo que es un delito de *omisión pura*. El art. 385, 2º, castiga al que «*origine un grave riesgo* para la circulación»... «*no restableciendo* la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo», exigiendo, como se ve, que el no hacer origine un resultado (de riesgo): se trata, pues, de un delito de *comisión por omisión*.

16 B) Aparte de la diferencia apuntada, en un principio se creyó poder diferenciar ambas modalidades de omisión según la naturaleza de las normas infringidas. Así, Luden ideó la designación de omisión *impropia* para la comisión por omisión por entender que a través de la infracción de la norma preceptiva la misma infringía, además, otra norma prohibitiva: la que prohíbe causar el resultado. La comisión por omisión era omisión *impropia* porque en realidad constituía una forma de causación del resultado prohibido.[17] En la doctrina actual suele rechazarse tal construcción, por el argumento de que no puede infringirse por un *no* hacer una norma que prohíbe *actuar*. En los casos de comisión por omisión previstos de modo expreso por la ley no cabe duda de que esta objeción es acertada. Pero cuando la comisión por omisión ha de hallar cabida en preceptos legales que requieren la imputación de un resultado, la afirmación de que se infringe una norma preceptiva no podría admitirse si se pensara que tras tales tipos sólo existen normas que prohíben el resultado. Ahora bien, esta última suposición no es necesaria, pues cabe admitir que tras los delitos de resultado existen tanto normas que prohíben el resultado, como normas que en ciertas condiciones *obligan* a evitar el resultado.

17 2. Tan importante como la distinción de omisión pura y comisión por omisión es, en efecto, la de **omisión prevista como tal por la ley y omisión no descrita expresamente por la redacción legal**. En el primer grupo se contienen tanto formas de omisión puras como de comisión por omisión (véanse los ejemplos, antes propuestos, de los arts. 195 y 385, 2º). En el segundo grupo cabe sólo la comisión por omisión, porque el asiento legal —indirecto— ha de buscarse en los tipos de resultado (ej.: «el que *matare* a otro», art. 138 CP), que se entienden realizados tanto por conducta positiva como por la no evitación del resultado en ciertas condiciones.

18 La atención doctrinal se ha volcado de forma preferente sobre estos últimos supuestos. Para que la no evitación del resultado pudiera equivaler a su causación por vía positiva, era preciso añadir un requisito no previsto en los tipos legales: la **posición de garante** del autor respecto del bien jurídico protegido.

---

16. Así Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, pp. 206 ss., 275 ss. Le siguen Bacigalupo, Delitos de omisión, pp. 1 ss.; Novoa Monreal, DP 1983, p. 42.

17. Cfr. Luden, Abhandlungen, II, pp. 219 ss. Ahora así Novoa, DP 1983, p. 42 y Fundamentos, pp. 119, 121.

Por otra parte, la doctrina ha tenido que discutir con profusión acerca de la posibilidad de **causalidad** en la omisión. Al final se ha obtenido una construcción dogmática de la comisión por omisión «*supralegal*» que intenta llenar el vacío de expresa regulación legal.

19 En Alemania, donde se ha desarrollado la teoría, el Código penal de 1 de enero 1975 consagró expresamente la licitud del planteamiento doctrinal en su parágrafo 13: «El que omita evitar un resultado previsto en el tipo de una ley penal, sólo será castigado por la ley si le corresponde jurídicamente garantizar la no producción del resultado y la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer». A la doctrina corresponde concretar los supuestos en que el específico deber jurídico de evitar el resultado (posición de garante) y la equivalencia de acción y omisión tienen lugar. Pero la ley autoriza ya la posibilidad de que un tipo formulado positivamente se realice por omisión.

20 La situación es más problemática en los Códigos que no contienen una disposición general que admita la comisión por omisión de los tipos formulados positivamente.[18] Es lo que sucedía en España antes del CP 1995 (Ver ediciones anteriores de este libro).

V. La admisión de la comisión por omisión no expresamente tipificada en el Derecho español

21 En España, antes del actual CP 1995, la dogmática germánica de la comisión por omisión no expresamente tipificada había encontrado una acogida limitada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Los manuales clásicos solían limitarse a la cita de casos extremos como el de la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido.[19] Tradicionalmente el Tribunal Supremo había venido admitiendo la comisión por omisión **dolosa** en pocas sentencias: así la S. 12 febr. 1892 calificó de parricida a la madre que dejó sin alimento a su hijo entre los seis y diez días de su nacimiento, por lo que aquél murió: igual 15 nov. 77; 13 jun. 51: falsedad documental del nº 4 del art. 302 por omisión; 30 enero 45: consideró coautor de robo al padre que presenció inactivo el concierto de su hija de 14 años con un tercero para ir a robar;[20] también la STS 21 dic. 77 en un caso de atropello previo. Más recientemente, la jurisprudencia anterior al CP 1995 ya tendía a reconocer la posibilidad general de comisión por omisión en los delitos dolosos (así, p. ej., STS 27 en. 1995), [21] especialmente en supuestos de complicidad o cooperación necesaria (con posterioridad a 1995 ver SSTS 1538/2000 de 9 oct., 102/2005 de 4 febr., 320/2005 de 10 mar., 1136/2005 de 4 oct., 988/2006 de 10 oct.). En los **delitos imprudentes** el TS no ha encontrado nunca, ni antes ni después de 1995, obstáculo alguno para admitir indistintamente la comisión positiva y la omisiva,[22] sin

18. Sobre el problema vid. Novoa, Fundamentos, pp. 179 ss.

19. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 173; Cuello Calón, PG, p. 348.

20. Cfr. Rodríguez Mourullo, Omisión de socorro, pp. 115 ss.; Gimbernat, Introducción, pp. 138 ss., donde se pone de manifiesto la inseguridad del TS en referencia a la participación omisiva.

21. Cfr. la relación de SSTS que recoge Alastuey, ADPCP 1992, pp. 974 ss. También STS 27 en. 95.

22. Ver amplias referencias en Corcoy, Criterios, pp. 99 s.; Gimbernat, Introducción, pp. 139 ss.; Rodríguez Mourullo, Omisión de socorro, pp. 111 ss. Vid. también STS 537/2005 de 25 abr., SJP Baleares 19/2000 de 19 en., SJP Sevilla 462/2000 de 18 dic. y SAP Asturias 142/2004 de 26 abr.

detenerse ni siquiera a discutir qué circunstancias son precisas para que el autor se halle en una «posición de garante», concepto éste en absoluto elaborado ni diferenciado por la jurisprudencia del resto de deberes jurídicos de actuar. Contrasta, pues, la resistencia a admitir la comisión por omisión en delitos dolosos con la amplitud, carente de límites definidos, que se concede a la estimación de aquella figura en los delitos imprudentes.

22 El art. 11 del CP ha venido a ofrecer cobertura legal a la construcción doctrinal y jurisprudencial de la comisión por omisión no expresamente tipificada mediante la siguiente fórmula:

23 «Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

24 »a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

25 »b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».[23]

VI. El tipo de omisión pura

26 Como todo tipo, el de omisión pura cuenta con una parte *objetiva* y otra *subjetiva*. Ambas son distintas en las modalidades dolosas e imprudentes. Pero ello no es exclusivo de los delitos de omisión, por lo que basta remitir a las lecciones correspondientes. Aquí importan solamente las peculiaridades específicas de la omisión pura, que únicamente afectan a la parte objetiva del tipo común a las formas dolosas e imprudentes, y al dolo, como integrante de la parte subjetiva de la modalidad dolosa.

1. *Peculiaridades del tipo objetivo*

27 En todo delito de omisión pura se describe una *situación típica*, en la que *se omite una determinada acción*, pese a que *el sujeto podía haberla realizado*. La estructura de todo tipo de omisión pura consta, pues, de los tres elementos

23. La doctrina había discutido la conveniencia de introducir un precepto general que autorizase la comisión por omisión. En sentido favorable mi propuesta en RFDUC monogr. 3 Tratado (1980), p. 47, recogida en la Propuesta Alternativa de Parte General del CP del PC-PSUC: cfr. CPC nº 18 (1982), p. 620. El Proyecto CP 1994 acogió una versión más precisa de dicha propuesta. De otra opinión Silva, CPC 1989, p. 375. El art. 11 CP añade, sin embargo, un segundo inciso muy criticable que refleja una concepción doctrinal de los años 30 hoy superada. Críticamente, con razón, Gimbernat, Prólogo al CP de Tecnos, pp. XIV y s. Cfr., por lo demás, los trabajos de Jescheck (1992), Rodríguez Mourullo (1993), Romeo Casabona (1993), Silva (1993), Gracia (1994, pp. 360 ss.), Dopico (2006, pp. 676 ss. y 701 ss.) cit. en la bibliogr.

siguientes: a) **la situación típica**; b) **la ausencia de una acción determinada**; c) **la capacidad de realizar esa acción**.[24]

28 Un ejemplo aclarará el contenido de estos elementos: El nº 1 del art. 195 declara: «El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses». La necesidad de socorro nace aquí de una situación de desamparo frente a un peligro manifiesto y grave, por parte de una persona, y de ausencia de riesgo, por parte de otra u otras personas. Todo ello constituye la **situación típica (a)**. La conducta delictiva se describe por la ley con la expresión «no socorriere», que debe entenderse que exige que en lugar de socorrer se realice otra conducta distinta; ello representa el segundo elemento del tipo objetivo de la omisión pura: la **ausencia de una acción determinada (b)**. Por último, condiciona el deber de socorro el que el autor «pudiera hacerlo», esto es, el tercer elemento típico: la **capacidad de realización de la conducta (c)**.

29 De los tres elementos mencionados, el tercero requiere ulterior concreción. Vuelve a plantearse aquí la cuestión de si hay que estar al poder de evitación del hombre normal o al del sujeto concreto, si éste es superior o inferior al de aquél. Como en los delitos imprudentes, hay que partir del baremo de un *hombre mentalmente normal* pero *situado en la posición del autor*, con sus conocimientos anteriores y de la situación como base de la *posibilidad de advertir* la presencia de la situación típica y del poder actuar externo,[25] y también con las *fuerzas físicas y mentales* mayores o menores que pueden concurrir en una persona normal. Ello conduce a tener en cuenta las **facultades superiores** de las que el sujeto pueda disponer voluntariamente; respecto a sus **facultades inferiores**, hay que tomar en consideración las que son imaginables en una persona mentalmente normal, pero no las que no son compatibles con esta normalidad.

2. *Peculiaridades del tipo subjetivo*

30 En los tipos dolosos de omisión se plantea la cuestión de si el **dolo** puede revestir la misma estructura que los delitos de omisión activa. En contra se alega que con frecuencia falta en el actuar omisivo el momento de *decisión activa*

---

24. Cfr. por todos: Jescheck, pp. 848 ss.; extensamente, Silva, Delito de omisión, pp. 282 ss; Baldó, Estado de necesidad, passim, pp. 201 ss., analizando ampliamente el elemento exigibilidad.

25. Para la «capacidad de realizar la acción» no es preciso siempre (aunque sí generalmente) que el sujeto conozca efectivamente la situación típica, sino que puede bastar el conocimiento de ciertos indicios que delaten la posibilidad de dicha situación. En contra, Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, pp. 41 ss.; Jescheck, Tratado, p. 851; Bacigalupo, Delitos de omisión, pp. 150 ss. Por supuesto sí es necesario tal conocimiento para las omisiones dolosas, pero no para las imprudentes, lo que indica que dicho requisito no afecta al tipo objetivo de la omisión, sino en su caso al dolo. Así Stratenwerth, AT, 13/59.

característico de la acción positiva dolosa, correspondiendo a la pasividad de la conducta externa la pura pasividad en la voluntad del autor. Así sucederá, v. gr., en el sujeto previamente decidido a no socorrer a ninguna víctima de tráfico que se pueda encontrar, pues en el momento en que efectivamente tropiece con un accidentado y omita prestarle auxilio (único momento de la conducta típica) no precisará adoptar ninguna resolución activa de voluntad para ello, sino sólo *no* decidir cambiar de actitud.

31 Ello ha llevado en la doctrina a las tres posiciones siguientes: 1) negar la presencia de dolo en estos casos (Lampe); 2) operar una adaptación del concepto de dolo a la estructura de la pasividad, prescindiendo en él del requisito del *querer* y contentándose con el de *conocer* (Jescheck); 3) sustituir la necesidad de verdadero dolo en la omisión por el hecho de que el autor *no* haya querido (esto es: haya dejado de querer) realizar la conducta debida (Armin Kaufmann, Welzel).[26]

32 Sin embargo, por una parte, tampoco en los delitos de acción el dolo requiere una resolución activa dirigida a realizar el tipo: ello sólo ocurre en el dolo directo de primer grado, no en el dolo directo de segundo grado ni en el eventual, en que el querer es sólo «aceptar». Por otra parte, tanto en los delitos de acción como en los de omisión es necesario decidir realizar una conducta, pero lo que sucede es que en los delitos de omisión dicha conducta —que, según nuestro planteamiento, es la efectuada en lugar de la indicada[27]— no ha de ser necesariamente activa, ni suponer un cambio respecto de otra anterior: así, puede consistir en el mantenimiento de un comportamiento no activo. Basta, entonces, que el sujeto decida dicho mantenimiento, sabiendo que implica o puede implicar la realización del tipo omisivo. Pero ésta es sólo una consecuencia de las posibles conductas típicas objeto del dolo en los delitos de omisión, y no supone ninguna alteración de la estructura misma del dolo en dichos delitos.

VII. El tipo de comisión por omisión

1. *Peculiaridades del tipo objetivo*

33 El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura; *a)* situación típica; *b)* ausencia de la acción determinada; *c)* capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de

26. Cfr. el resumen de estas posiciones en Stratenwerth, AT, 13/66. Según la STS 27 oct. 92, «en diversos motivos precedentes esta Sala ha sostenido que el dolo de los delitos de omisión está constituido por el *conocimiento* de las circunstancias que condicionan el surgimiento del deber de actuar...».

27. Cfr. Novoa Monreal, DP 1983, p. 36, que reconoce que la construcción del *aliud agere* —aquí defendida— facilita la solución del problema del dolo en los delitos de omisión.

tres elementos particulares necesarios para la *imputación objetiva* del hecho: la **posición de garante**, la **producción de un resultado** y la **posibilidad de evitarlo** (así SSTS 2230/2001 de 27 nov., 2392/2001 de 10 dic., 1823/2002 de 7 nov., 537/2005 de 25 abr., 37/2006 de 25 en. y 1093/2006 de 18 oct.). La posición de garante integra necesariamente la situación típica *(a)* de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada *(b)* debe seguir en ellos la producción de un resultado. Y la capacidad de acción *(c)* debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.

A) *Posición de garante*

34 A) Si el primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación típica base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la llamada **posición de garante** por parte del autor. Se da cuando corresponde al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico* afectado o una *función personal de control de una fuente de peligro*, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en «garante» de la indemnidad del bien jurídico correspondiente.

35 Este planteamiento de partida se halla ampliamente extendido en la doctrina alemana actual. Se trata de la **«teoría de las funciones»**, procedente de Armin Kaufmann,[28] que fundamenta la posición de garante en la relación funcional *materialmente* existente entre el sujeto y el bien jurídico. Se supera así la anterior doctrina[29] de la **«teoría formal del deber jurídico»**, que para decidir la existencia de posición de garante atendía a sus fuentes formales (generalmente se mencionaban la ley, el contrato y el actuar precedente).

36 Sin embargo, la fórmula general de comisión por omisión que ha introducido **el actual CP** ha incorporado —con posterioridad al texto de los distintos Proyectos de donde surge— una discutible referencia a la teoría formal al declarar, en su segundo inciso, que «a tal efecto se equiparará la omisión a la acción:—a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.—b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». No puede admitirse seriamente que *baste* cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga *equiparar* la omisión a la acción. Así, tal deber lo tienen los padres para con sus hijos menores de 18 años, pero no parece que ello baste cuando el hijo al que no se alimenta es capaz de valerse por sí mismo. (La situación fue distinta en el caso de la STS 27 jun. 97, que consideró garantes a los padres de un menor de 13 años gravemente enfermo). También tienen obligación de actuar ante cualquier delito los policías y sería absurdo castigarles por la propia comisión del delito si no lo impiden. Tampoco bastan, sin más, la presencia de contrato ni del actuar precedente, como se verá más abajo. Por otra parte, lo más probable es que la introducción del segundo inciso del art. 11 CP no pretendiera

28. Cfr. Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, pp. 283 ss. Sigue esta línea Bacigalupo, Delitos de omisión, pp. 143 ss. A favor de la teoría de las funciones Kühl, Strafrecht, AT, 3ª ed., 18/44 y ss.

29. Muy extendida en España: así Jiménez de Asúa, Tratado, III (1965) pp. 420 ss.; Rodríguez Devesa, PG, pp. 372 s.; Cobo/Vives, PG, 3ª ed., 1990, p. 304.

ampliar, sino todo lo contrario, *precisar* el alcance del primer inciso. La única interpretación razonable pasa por exigir, *además* del deber jurídico específico, la efectiva concurrencia de *equivalencia* entre la acción y la omisión que empieza por exigir el art. 11 CP. El segundo inciso del art. 11 no habrá de interpretarse literalmente («se equiparará») como un mandato de automática equiparación *ex lege* cuando concurran las fuentes formales a que alude, sino (aunque ello suponga una interpretación *restrictiva* que corrija la letra de la ley en el sentido de «podrá equipararse») como ejemplificador de supuestos en que *puede* darse la efectiva equivalencia material que requiere el inciso primero. La cuestión decisiva seguirá siendo, entonces, cuándo se da esta equivalencia material.[30] Para decidirla habrá que continuar acudiendo a la teoría de las funciones.[31]

37 Ello no significa que no sean discutibles y discutidos los criterios que permiten afirmar que la función de protección de un bien jurídico o de control de una fuente de peligro llega al punto de originar una verdadera posición de garante y no un simple deber genérico de actuar más o menos cualificado. Más adelante veremos una serie de supuestos en que suele afirmarse que aquellas funciones de protección o control dan lugar a la posición de garante, pero conviene indagar cuál sea su fundamento común.

38 A mi juicio deben jugar en ello un papel central las dos ideas siguientes: a) la *creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor* y b) que tal peligro determine, en el momento del hecho, una situación de *dependencia personal* del bien jurídico respecto de su causante. La creación o aumento de un riesgo imputable en un momento anterior no es todavía típica (por ser anterior), pero permite afirmar que el omitente no es ajeno al peligro del bien jurídico, sino que es responsable de dicho peligro y está obligado personalmente a evitar que se convierta en lesión. Para ello no bastará que haya causado o aumentado el riesgo, sino además que lo haya hecho voluntariamente o en otras condiciones —como el desempeño de determinadas funciones familiares o sociales— que permitan *atribuírselo*. El segundo requisito de dependencia personal hará preciso, además, que la existencia o indemnidad del bien jurídico cuyo peligro se ha creado quede efectivamente en manos del omitente: bajo su *control personal* —para lo que no basta la genérica «posibilidad de salvación», condición también de la omisión pura.[32]

39 Ambos elementos concurren en los casos más inequívocos de posición de garante. Así sucede con la creación o aumento anterior de un peligro atribuible, entendida no sólo como creación o aumento de la fuente naturalística o inmediata del peligro, sino también como determinación de otras personas a asumir riesgos o a no socorrer (un riesgo naturalístico encierra más peligro de lesión si se impide a otros controlarlo). En este sentido, la creación o aumento del peligro tendrá lugar tanto por originar la fuente del peligro (supuestos de deber de control de una fuente de peligro), como por crear en los demás expectativas de confianza que les llevan a correr riesgos que de otro modo no asumirían (supuestos de comunidad de

30. Así: Silva, Comentarios EDERSA, I, pp. 461 ss.; Gimbernat, Comentarios EDERSA, I, pp. 418, 439; Dopico, Omisión, pp. 704 ss.

31. Sigue partiendo de la teoría de las funciones de protección o de control, *añadiendo* la necesidad de deber legal o de creación anterior de la situación de peligro a que alude el art. 11 CP la STS 11 mayo 99.

32. Cfr. Schünemann, GA 1974, pp. 234 s. (=Grund und Grenzen, pp. 232 ss., 241 ss.), que habla de «dominio» para referirse al control personal expresado.

peligro o de ciertas relaciones familiares o cuasi-familiares) o a no socorrer a quien está en peligro por creer que ya se le atenderá (así en los casos de asunción voluntaria de un riesgo y en relaciones familiares próximas). Y a su vez, dicha creación de peligro puede proceder tanto de una actuación anterior como de una determinada posición familiar o social que genere ciertas expectativas sociales de dependencia o control. En cualquier caso deberán concurrir, además, los requisitos de atribuibilidad del riesgo (sea por voluntariedad de su asunción o por otras razones de imputación social) y de concreta dependencia personal[33, 34].

40 La posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción (p. ej., los arts. 138 y ss. CP, que castigan el «matar», únicamente podrán aplicarse al sujeto que deja morir a otro si se encontraba respecto del mismo en posición de garante —así, la madre que deja de alimentar al niño recién nacido que se halla bajo su custodia—, pero no si el que omitió pasaba casualmente por el lugar del accidente). En otras palabras: no todo aquél que omite evitar la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino *sólo determinadas personas* que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante.

41 Ello no significa que deba quedar necesariamente impune quien omite sin encontrarse en dicha posición específica. Su conducta podrá constituir un delito de omisión pura, si algún precepto penal le obliga a actuar. En especial, ello podrá suceder si se omite prestar socorro a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave (art. 195 CP) o se dejan de impedir determinados delitos (art. 450 CP).

42 *Ejemplo:* Los bañistas que no socorren al niño que se ahoga en la piscina no incurren en comisión por omisión ni pueden ser castigados, por tanto, como autores de su muerte, pero sí pueden cometer el delito de omisión pura de no prestación de socorro debido (art. 195 CP). En cambio, podrá ser castigado con arreglo al art. 138 CP, como homicida, el profesor de natación que el primer día de clase deja dolosamente que se ahogue el niño que le ha sido confiado (comisión por omisión). Como es lógico, pueden concurrir al mismo tiempo ambos tipos de responsabilidad por omisión: la del profesor de natación no empece la de los demás bañistas, ni viceversa.

---

33. Sobre las relaciones de preferencia entre los distintos sujetos llamados al auxilio ajeno en virtud de deberes de actuar de igual y/o distinto rango, vid., Baldó, Estado de necesidad. pp. 228 ss.

34. Silva exige, para apreciar comisión por omisión, además de la posición de garante la concurrencia de una «identidad estructural y material en el plano normativo» entre la situación omisiva a enjuiciar y el hecho comisivo, cfr. Delito de omisión, pp. 368 ss., y CPC 1989, pp. 369 ss., donde aquel autor explica su punto de vista tomando el ejemplo del funcionario penitenciario. Más restrictiva aún pretende ser la opinión que, siguiendo a Gimbernat, mantiene Luzón Peña, Poder Judicial 1986, pp. 82 ss., según la cual la posición de garante no es suficiente para la comisión por omisión, sino que ésta requiere que la omisión cree o aumente el riesgo para el bien jurídico. Todos estos autores parecen partir de un concepto abstracto de posición de garante que se cree necesitado de ulterior concreción. El texto permite llegar a resultados no menos (y en parte tal vez más) restrictivos exigiendo para el propio concepto de posición de garante una referencia absolutamente concreta a la situación determinada. Coincido también en reputar insuficiente una concepción abstracta y/o formal de la posición de garante que conciba a ésta como una especie de estatus personal.

43 Ya se comprende que, si de la presencia o no de la posición de garante depende la equiparación de la omisión a la propia causación positiva del resultado, importa mucho precisar en lo posible los casos en que dicha posición específica concurre. Por lo demás, la seguridad jurídica aconseja limitar la admisión de verdadera posición de garante a los casos más inequívocos *(in dubio pro reo)*. Sobre esta base, el actual estado de la ciencia jurídico-penal permite distinguir los siguientes supuestos de posición de garante:[35]

a) *Función de protección de un bien jurídico*

44 Se incluyen en este apartado aquellas situaciones en que una relación familiar o social, o una conducta voluntaria, somete a un bien jurídico determinado a la dependencia de un sujeto, en términos en que éste se hace responsable *(garante)* del mismo.

45 a') La existencia de una **estrecha vinculación familiar**. Se piensa aquí en las relaciones familiares más próximas que comportan una absoluta dependencia existencial[36] de unas personas respecto de otras. Es el caso de la protección que los padres deben a sus hijos recién nacidos y hasta tanto no puedan valerse por sí mismos (el Tribunal Supremo español ha admitido la comisión por omisión en la madre que deja morir a su hijo recién nacido). Más allá de estos supuestos resulta más discutible la existencia de verdadera posición de garante[37]. La doctrina alemana cita, como otro ejemplo, la dependencia en que se encuentran los padres ancianos de sus hijos adultos.[38] La STS 27 oct. 1997 condenó por homicidio —comisión por omisión en dolo eventual— a quien provocó la muerte de su madre por desnutrición.

46 En todo caso, es preciso señalar que no basta la concurrencia de las expresadas relaciones familiares para que la inactividad pueda constituir comisión por omisión. Es necesario, además, que la situación de absoluta dependencia personal que caracteriza a la posición de garante se produzca en el caso concreto. Por ello, si el recién nacido queda a cargo de personal facultativo, no cometerá necesariamente parricidio por omisión la madre que desatiende a su hijo, aunque luego se demuestre que de otro modo hubiera evitado su muerte. Importa, en particular, destacar la necesidad de concreta y efectiva dependencia personal en los supuestos más discutibles, como el de los padres ancianos, respecto de los cuales acaso se hallen sólo en posición de garante los hijos que los tengan a su cargo. En estos casos podrá intervenir, también, la idea de la asunción voluntaria del riesgo (criterio que puede bastar ya por sí solo

35. Seguimos la clasificación que recoge Jescheck, Tratado, pp. 856 ss.

36. Es dudoso que exista posición de garante respecto a bienes distintos a la vida y a la salud: cfr. Jescheck, Tratado, p. 856.

37. La STS 22 en. 2002 ha admitido comisión por omisión en un caso en que los padres permiten, con su conocimiento, que su hijo sea agredido por otro.

38. Discrepa Kühl, Strafrecht, AT, 3ª ed., 18/55.

para dar lugar a posición de garante, como veremos más abajo). En caso de duda, es preferible negar la presencia de posición de garante.

47 Más decisivo, pues, que el tipo de relación familiar existente es que concurra una efectiva *dependencia absoluta* de una persona respecto de otra, *asumida* por parte de ésta.[39] La cuestión de las formas de parentesco distintas a la existente entre padres e hijos pequeños que pueden originar posición de garante, no ha de resolverse, por tanto, de forma genérica, sino en función de la concreta presencia de la requerida dependencia. Así, si ésta concurre, podrán ostentar posición de garante los cónyuges y los hermanos entre sí, o incluso familiares en sí más lejanos (p. ej., afines), pero que en el caso particular, por la existencia de estrechas relaciones, comunidad de vida, etc., tengan bajo su personal responsabilidad a otros. Pero, lógicamente, cuanto más se aleje la relación familiar, mayores precauciones deberán tomarse para estimar la comisión por omisión.

48 b') La **comunidad de peligro**. Se alude con esta expresión a la participación voluntaria en una actividad peligrosa en que intervienen varias personas tácitamente obligadas a, en su caso, socorrerse entre sí (así, p. ej., una expedición alpina). En caso de que alguno de los partícipes sufra un accidente relacionado con el riesgo típico de la actividad compartida, se encuentran respecto de él en posición de garante todos los demás (así, en la escalada en que participan tres compañeros a un mismo nivel) o quien tenga confiada la custodia (v. gr., el guía de una excursión de turistas inexpertos). La razón es que si en estos casos se asume el peligro que representa la actividad de que se trate, es con la confianza en la posible ayuda de los demás intervinientes (nadie se atrevería a realizar en solitario determinadas excursiones).

49 Ahora bien, el fundamento último de este grupo de casos puede verse en la *asunción voluntaria*, siquiera implícita, de la función de protección de los demás participantes. De ahí que no surja posición de garante de una comunidad de peligro no elegida voluntariamente (v. gr., un terremoto); ni, aun siendo voluntaria la comunidad, frente a riesgos de los que expresa o tácitamente no se hace responsable el sujeto. También cabría, por ello, incluir en el apartado siguiente los supuestos ahora examinados.

50 c') La **asunción voluntaria** de una función de protección. Se entiende, por la doctrina hoy dominante, que origina una posición de garante en quien asume la protección, pero sólo en cuanto lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia respecto del primero: así, cuando por confiarse a

39. Esto abre la puerta a la posibilidad de afirmar posición de garante en casos de efectiva comunidad de vida de personas no emparentadas formalmente: así, relaciones cuasi-matrimoniales, homosexuales, etc. Vid. el análisis de un caso perteneciente a este grupo, en el que además concurre la peculiaridad de que el proceso que causa la muerte se debe a un suicidio, en Silva, ADPCP 1987, pp. 470 ss.

otro, que ofrece voluntariamente su protección, alguien se atreve a correr riesgos mayores o deja de tomar precauciones de otra naturaleza.[40,41]

51 En realidad, no basta, pues, con la unilateral asunción del riesgo, por lo que un sector de la doctrina cree preferible todavía —como se hacía tiempo atrás— acudir a la idea de **contrato**. En este sentido, el segundo inciso, b) del art. 11 CP declara que «se equiparará la omisión a la acción... cuando exista una específica obligación... contractual de actuar». Pero la mera existencia formal del contrato no es siempre necesaria ni suficiente para dar lugar de hecho a la equivalencia real que requiere el primer inciso del art. 11. Lo decisivo seguirá siendo una asunción voluntaria del riesgo que aumente éste.

52 Ciertamente, tiene razón Stratenwerth[42] al señalar que no existe ningún motivo para agravar penalmente la situación de quien por lo menos inicia el auxilio de otro, si ello no aumenta el peligro ni disminuye las posibilidades de que operen otras ayudas (sería absurdo y contraproducente político-criminalmente que, al producirse la muerte de la víctima de un accidente de tráfico, quien hubiese omitido prestar todo socorro respondiera sólo de omisión pura —art. 195 CP—, mientras que el que hubiera empezado a auxiliarle hubiera de hacerlo por homicidio por haber desistido después de su ayuda.[43] Pero este mismo ejemplo puede mostrar que *no es preciso* consentimiento contractual alguno (imposible si la víctima se halla inconsciente, aparte de la posibilidad del consentimiento presunto) para que resulte justificada la aparición de la posición de garante: lo único necesario será para ello que el interviniente haga imposible otra clase de auxilio eficaz (p. ej., por haberse llevado a la víctima lejos del Hospital y haber retrasado decisivamente otro posible socorro). Por lo demás, hay unanimidad en admitir que la posición de garante no podría depender de la *validez* civil del eventual contrato (ejemplo: aunque resulte nulo el contrato entre los padres y el profesor de natación, éste es garante de la vida del niño que de hecho se le ha confiado), ni, por supuesto, derivarse de cualquier relación contractual (sino sólo de aquellos contratos cuyo contenido esencial atribuye a una de las partes una posición de confianza, con deberes de protección, custodia o vigilancia). Cuando no pueda acudirse al apartado a) del segundo párrafo del art. 11 CP por falta de contrato o por nulidad del mismo, cabrá incluir la asunción voluntaria en el apartado b) del mismo artículo (actuar precedente), en cuanto la asunción del riesgo excluya la asistencia de otras personas, incluidas las que confían el bien jurídico a quien asume su control, aunque sea mediante un contrato nulo.[44]

---

40. También si al asumir el socorro de alguien se imposibilita que otros auxilien: la STS 21 dic. 77 admitió comisión por omisión dolosa en un conductor que atropelló a una niña, se la llevó a un cobertizo con ánimo de ocultarla y la cubrió con papeles y plásticos, no impidiendo que muriera a causa de una neumonía cuando podía haber sido salvada.

41. Sobre una de las manifestaciones más importantes de esta fuente de posiciones de garante cfr. Silva, La Ley 1987-1, pp. 955 ss.

42. AT, nº 1063, 1ª ed.

43. No obstante, sostiene esta inadmisible calificación Jiménez de Asúa, Tratado, III (1965), pp. 424.

44. En este sentido Silva, Comentarios EDERSA, I, p. 462.

b) *Deber de control de una fuente de peligro*

53 La indemnidad de los bienes jurídicos puede depender personalmente, también, del control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o de aquél a quien se ha atribuido su vigilancia. *Ejemplo:* El conductor tiene obligación de controlar el vehículo y es garante de los riesgos que implica para bienes jurídicos. Le bastaría al sujeto responsable dejar de efectuar dicho control para conseguir que el peligro se convirtiese en lesión de los ciudadanos legítimamente confiados. Esta lesión poseería la misma gravedad que la causada por vía positiva. El sujeto responsable del control se halla, entonces, en posición de garante y su conducta constituirá comisión por omisión.

54 La doctrina alemana dominante incluye aquí los tres supuestos siguientes: a') el actuar precedente; b') el deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio; c') la responsabilidad por conducta de otras personas.

55 a') El **actuar precedente** (o **injerencia**). Pese a constituir una de las fuentes de la posición de garante reconocida desde más antiguo, es la que suscita mayores dudas.[45] La opinión tradicional entiende que quien ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión, so pena de considerar que la producción de ésta sería tan achacable al sujeto como su causación positiva. El apartado b) del art. 11 CP se refiere a estos casos: "Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente".

56 *Ejemplo:* Quien por conducción imprudente atropella a un peatón y huye del lugar del accidente sin socorrerle, a conciencia de que posiblemente muera, se reputaría, según esto, que ha causado voluntariamente la muerte de la víctima (homicidio doloso: art. 138 CP en relación con el segundo inciso, b) del art. 11 CP).

57 Parece razonable que quien ha creado un peligro posea un deber *especial* de evitar su conversión en lesión. Así, el nº 3 del art. 195 CP castiga con una pena agravada la omisión de socorro «si la víctima lo fuere por accidente ocasionado... por el que omitió el auxilio debido». Pero no basta la presencia de un deber, siquiera cualificado, de actuar, para poder afirmar que la omisión equivale a la causación positiva, según exige el primer inciso del art. 11 CP para la comisión por omisión. Como dice Bacigalupo, «una cosa es que exista el deber, y otra muy distinta que su infracción omisiva realice un tipo de comisión».[46] En el ejemplo propuesto, la pregunta es: ¿puede decirse que la omisión de

45. Cfr. críticamente Schünemann, GA 1974, pp. 233 ss.
46. CFr. Bacigalupo, ADPCP 1970, p. 41.

socorro al peatón da lugar a un verdadero *homicidio doloso*?, ¿cabe entender que, siquiera en sentido social amplio, el conductor ha «matado dolosamente» a la víctima?

58 La presencia de la modalidad agravada de omisión de socorro del art. 195, 3 CP no excluye esa posibilidad, que el art. 11 CP precisamente presupone —aunque antes de la introducción de este artículo un sector doctrinal considerase suficiente aquel otro precepto para castigar todos los supuestos de omisión de socorro a la víctima del propio accidente y rechazase su calificación como comisión por omisión—.[47] El art. 195, 3 no excluye la *posibilidad* lógica de estimar comisión por omisión, porque ni requiere la efectiva producción de un resultado lesivo ni que éste sea doloso. Si se demuestra que en caso de producirse un resultado querido debe admitirse comisión por omisión, el art. 195, 3 quedará suficientemente justificado para los demás casos —menos graves que éstos pero más graves que los de omisión de socorro no cualificada— en que el autor deja de socorrer a la víctima de su accidente.

59 La doctrina va advirtiendo que la *sola* conducta precedente de creación del peligro no es suficiente para fundamentar una posición de garante. Es indudable que quien crea voluntariamente (conscientemente) el peligro, queda en posición de garante. Pero parece ilógico que quien produce el peligro sin quererlo y sin imprudencia (esto es, sin infracción de la norma de cuidado), deba cargar con la lesión dolosa si no impide su producción.

60 *Ejemplo:* El conductor, que circulaba con toda prudencia, atropella a un suicida que se echa de forma imprevista bajo las ruedas de su vehículo; temeroso de las posibles complicaciones, abandona al herido en la carretera. Téngase en cuenta que, si bien la muerte se habrá producido a consecuencia del atropello (o sea, habrá sido causada positivamente por el conductor), el accidente no es atribuible a dolo ni a imprudencia, y la *posterior* huida voluntaria no puede convertir en dolosa la causación positiva de las lesiones ni, por tanto, de la muerte que de ellas siguió: se trata de un caso de *dolus subsequens*, como siempre irrelevante por ser posterior a la conducta positiva.

61 Una importante corriente doctrinal exige, por tanto, que sea *antinormativa* la conducta antecedente que provoca el peligro.[48] Mas, si bien se piensa, ¿por qué la antinormatividad de la actuación precedente ha de convertir la omisión subsiguiente en equivalente a la lesión positiva? ¿No se trata de una manifestación solapada del tan denostado *versari in re illicita*, según el cual la ilicitud inicial del acto impregna todas sus consecuencias?[49]

62 La antinormatividad sólo ha de importar en cuanto condicione la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado por su acción.[50] Recuérdese, en efecto, que según el planteamiento efectuado más arriba, la posición de garante requiere que, por una u otra vía, tenga

47. Así Gimbernat, ADPCP 1970, p. 726 (adhiriéndose a Bacigalupo, Delitos de omisión, cit.); Luzón Peña, RDC 1974, p. 273; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1973, pp. 513 s. Cfr. SSTS 16 oct. 70, 17 dic. 71, 20 abr. y 30 jun. 72.

48. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, p. 859.

49. Cfr. en esta línea Schünemann, GA 1974, p. 233.

50. En este sentido Dopico, Omisión, pp. 801 s., 809 ss.

lugar una creación o aumento del peligro que sea *atribuible* a su autor.[51] Pues bien, el peligro creado por un accidente en la persona de la víctima no es, sin duda, atribuible al causante del accidente si éste no pudo o no debió preverlo, que es lo que sucede cuando falta imprudencia. Esta es la razón por la cual la falta de «antinormatividad» anterior excluye en este caso la posición de garante. Lo mismo ocurre en otros casos de falta de antijuridicidad en la conducta anterior, pero no en todos. Acaso proceda, pues, distinguir dos grupos de casos:

63 1º) Si la falta de antinormatividad procede de que el comportamiento anterior ha sido impuesto por otra persona (el sujeto actuó en *legítima defensa* y no socorre a su agresor una vez herido) o por una situación de necesidad (el sujeto actuó en *estado de necesidad*), o si, ajustándose al cuidado debido, el peligro se produce fortuitamente, cabe quizá negar la posición de garante, por cuanto en estos casos el sujeto activo se «encuentra» de forma imprevista la situación peligrosa, en cierto modo como el que tropieza con la víctima de un accidente ajeno. Piénsese en el ejemplo del peatón suicida antes propuesto.[52] 2º) Distinta puede ser la solución cuando la falta de antijuridicidad del hecho anterior no obsta a su carácter *voluntariamente buscado*. Aunque lícitamente, el sujeto activo produce en este caso el peligro de forma consciente y sin verse forzado a ello.

64 *Ejemplo*: Quien convence a un niño que no sabe nadar para que se meta en el agua con él asegurándole, sin mentir, que impedirá que se ahogue, responderá de su muerte como homicida si, cuando llega el momento, cambia de opinión y no hace nada para evitar que el niño se ahogue. Aunque la acción de convencer al niño para que se meta en el agua se realice sin mala intención y sea lícita, pone al niño conscientemente *en manos* del sujeto y convierte a éste en garante de la vida de aquél.[53]

65 Los casos más discutibles son los de **causación *imprudente* de un peligro**. En esta situación la omisión subsiguiente de evitar que el peligro se convierta en lesión, es más grave que la de quien «se ha encontrado» el peligro, pero no tanto como la de quien ha creado voluntariamente el peligro. Lo más razonable sería prever una pena de gravedad intermedia —no tan grave como la del delito de acción y más grave que la del de omisión pura—. Ello podría conseguirse mediante dos soluciones posibles: agravando la pena de la omisión pura o atenuando la comisión por omisión del delito de resultado correspondiente.

66 Durante la vigencia del anterior CP un sector importante de la doctrina española consideraba suficiente la primera vía (omisión pura agravada). Se apoyaba en el hecho de que la ley preveía expresamente, como modalidad agravada, la omisión de socorro de la víctima del propio accidente. Aunque el art. 195, 3 del actual CP mantiene el mismo delito e incluso tiene en cuenta, en sentido aún

51. A favor de exigir la imputación objetiva de la creación del riesgo anterior cfr. Roxin, RP 19 (2007), pp. 152 ss.

52. Sostiene en estos casos la responsabilidad por omisión pura simple (legítima defensa real) o agravada (legítima defensa putativa), Baldó, Estado de necesidad, pp. 327 ss. y 190 ss.

53. Cfr. Geilen, JZ 1965, pp. 469 ss. La situación es distinta frente a sujetos que actúan con plena responsabilidad: cfr. Stratenwerth, AT, 13/36.

más agravatorio, la concurrencia de imprudencia respecto al accidente, lo cierto es que el art. 11 CP ha venido a afirmar la comisión por omisión «cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». Esta fórmula no distingue según que la acción u omisión precedente haya creado conscientemente o sólo imprudentemente el riesgo. Ni siquiera exige la imprudencia anterior. Literalmente da a entender que todo actuar precedente genera posición de garante y, en caso de resultado, comisión por omisión. Tampoco prevé la posibilidad de atenuar la pena cuando la injerencia no sea dolosa. Todo ello es incorrecto. Ahora bien, también aquí hay que apelar a la necesidad de comprobar que la omisión equivalga efectivamente a la acción según exige el primer inciso del mismo art. 11. Ello deja abierta la puerta a excluir de la comisión por omisión por lo menos los casos de creación *fortuita* del riesgo. Puede aducirse que si la creación del riesgo no ha sido querida o imprudente no cabe imputarla al sujeto como suya, de modo que no cabría decir que ha sido «el omitente» el que «ha creado una ocasión de riesgo» en el sentido del art. 11 CP. Lo mismo podría decirse de los casos más arriba mencionados de legítima defensa o estado de necesidad, en cuanto el sujeto *se encontró* con la necesidad de defenderse. Más discutible es si basta para el art. 11 b) CP haber creado el riesgo por *imprudencia* o si es necesario haberlo creado *conscientemente* (y fuera de aquellos casos de justificación).

67 Me inclino a pensar que ambos supuestos (causación imprudente y causación consciente), siendo distintos, deben ser tratados de forma también distinta.[54] **El tratamiento más grave de comisión por omisión debe reservarse para el caso en que el riesgo es imputable a la *voluntad consciente* del sujeto**. La causación *imprudente* se contempla ya en el subtipo agravado de la omisión (pura) de socorro del art. 195, 3 CP.[55]

68 Sin embargo, además de la dificultad que ahora encuentra tras la introducción del art. 11 CP, la vía de contentarse con la agravación prevista para la omisión de socorro (pura) cuando la injerencia no es voluntaria, tampoco resulta plenamente satisfactoria. La pena prevista para la omisión de socorro agravada no requiere la producción de un resultado lesivo a consecuencia de la omisión. Es cierto que si tal resultado se produce (por ej., se produce la

54. Cfr. Silva, Entre la omisión de socorro cit., pp. 164 s.)

55. Cfr., de acuerdo en esta conclusión: Silva, op. cit., p. 165; Vives, Comentarios, I, pp. 83 ss., 530; Sánchez Tomás, Comisión por omisión, pp. 215 ss. Sin embargo, estos autores suelen hablar de creación *dolosa* del riesgo, cosa que no es necesaria, puesto que basta una creación consciente del riesgo aunque éste sea lícito y sólo se puede hablar de "dolo" respecto a hechos típicos. Dopico, Omisión, pp. 740 ss., 785 ss., 805 ss., rechaza también que baste la creación imprudente del riesgo para que la omisión se convierta en comisión por omisión, pero con base en una concepción global de la comisión por omisión que la limita a la infracción de deberes de *aseguramiento* de la propia esfera con exclusión de la infracción de deberes de *salvamento* de un bien jurídico que ha salido ya de la *propia esfera* del omitente. En esta concepción se advierte la influencia de las construcciones de Silva, Comentarios EDERSA, pp. 455 ss., 462, 464, 475 s., y Gimbernat, Comentarios EDERSA, pp. 419 ss. Acogen también criterios manejados por Silva las SSTS 9 abr. 96 y 9 jul. 97.

muerte del herido), cabrá apreciar homicidio imprudente en concurso de delitos con la omisión de socorro agravada del art. 195, 3.[56] Pero ello no permite castigar más gravemente los casos en que el sujeto es consciente de que su omisión de socorro producirá el resultado más grave (a diferencia de lo que ocurre si se admite comisión por omisión, que en este caso será *dolosa*). Para responder a la mayor gravedad de estos casos el art. 195, 3 debería prever para ellos una pena aún más agravada.

b') El **deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio**. Quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro (instalaciones, animales, máquinas) para bienes jurídicos, es el responsable de que tal peligro no se realice. En este sentido se encuentra en posición de garante, pues le corresponde el control de que depende la indemnidad de los bienes jurídicos. **69**

Ejemplos: El conductor de un vehículo tiene que frenar cuando se le cruza un peatón, y si omite hacerlo la muerte del peatón atropellado le será atribuible, aunque pudiese probar que desde que vio al peatón «no hizo absolutamente nada», salvo dejar que el vehículo siguiera su curso. Quien tiene un león en su jardín y omite cerrar la puerta de su jaula, será autor de homicidio (doloso o imprudente) si el león da muerte a un visitante. La STS 13 junio 81 afirma la posición de garante en un guardagujas que no colocó las cadenas, lo que permitió un choque con un tren. **70**

Distinto, y mucho más discutible, es el supuesto del deber de control sobre un ámbito en sí mismo no peligroso: así, el deber de control que pueda corresponder al encargado de un bar en relación a las conductas realizadas por los clientes. El Tribunal Federal alemán ha considerado al encargado en posición de garante y responsable, por tanto, de las lesiones causadas por un cliente a otro, si no las impidió pudiendo hacerlo.[57] Pero en casos como éste resulta muy discutible que exista un específico deber de «policía» que llegue a hacer responsable de los delitos cometidos por otras personas. Esto conecta con el apartado siguiente. **71**

c') **Responsabilidad por la conducta de otras personas**. Suele entenderse que, en determinadas condiciones, quienes tienen el *deber de vigilar* a otras personas se hallan en posición de garante respecto de los males que éstas puedan causar. Se piensa, como caso básico, en el deber de vigilancia de los hijos menores por parte de sus padres (vid. art. 1903 CC). **72**

Es peligroso, no obstante, extender el planteamiento a todos los casos en que concurre el deber de vigilancia (así, si se incluyen los superiores jerárquicos, en especial los militares, respecto de los actos de sus subordinados, y los funcionarios de prisiones respecto de los reclusos). Para que rijan los principios derivados del deber de control de una fuente de peligro es preciso, por de pronto, que el deber de vigilancia abarque, en particular, la obligación de controlar una **73**

56. Así la jurisprudencia dominante, cfr. Silva, Comentarios I, p. 478.
57. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 862.

específica peligrosidad que encierre el vigilado. Ello no sucede, en principio, respecto de los superiores jerárquicos, ni siquiera de los militares. Sí, en cambio, cuando los sujetos a vigilar sean menores irresponsables o enfermos mentales peligrosos, con independencia de quiénes sean los encargados de su vigilancia (padres, tutores, maestros, enfermeros, médicos). También puede concurrir, p. ej., en relación a encargados de vigilar a un delincuente por razón de una especial peligrosidad que manifieste, aunque sólo respecto de tal peligro *específico*. En los demás casos, cabrá estimar sólo el delito del art. 450 CP, de omisión (pura) del deber de impedir determinados delitos.

74 Ahora bien, en todos los supuestos contemplados (salvo supuestos extremos de falta de acción), es *otro sujeto* el que materialmente comete el hecho antijurídico. Ello plantea una cuestión adicional: ¿convierte la posición de garante al encargado de la vigilancia en *autor real* del delito cometido, o sólo en *partícipe* (cooperador necesario: art. 28, b CP) por omisión[58] —lo que requiere también comisión por omisión del acto de cooperación y, por tanto, posición de garante en el que omite—. Me inclino por la segunda opción, por entender que la *pertenencia del hecho* —de lo que depende la autoría— corresponde sólo al sometido a vigilancia, que no puede considerarse utilizado como instrumento por la sola omisión del titular de la vigilancia. Así, STS 30 enero 1945 consideró al padre coautor (cooperador) del delito de robo materialmente ejecutado por su hijo de 14 años.[59]

75 B) Si el segundo momento de la estructura típica de todo delito de omisión es la **ausencia de la acción debida**, a ella debe seguir en los de comisión por omisión la **producción de un resultado**. Por ello, mientras que los delitos de omisión pura —en que basta la ausencia de acción— son tipos de mera actividad, los de comisión por omisión son *tipos de resultado*. Importa, sin embargo, subrayar que no toda omisión jurídico-penal a la que sigue un resultado constituye comisión por omisión, sino que además es precisa la concurrencia de la posición de garante (A) y la capacidad de evitar el resultado (C) en el autor. De lo contrario, pese a la presencia del resultado, cabrá a lo sumo —si así lo permite la ley penal— apreciar un delito de omisión pura.

76 *Ejemplo:* Aunque se produzca la muerte de la persona en peligro, quienes al pasar casualmente cerca de él no lo socorrieron pudiendo hacerlo, no cometerán un homicidio por omisión, sino sólo el delito de omisión (pura) de socorro del art. 195 CP.

77 C) Por último, junto a la capacidad de realizar la acción debida, en los delitos de comisión por omisión es preciso que el autor **hubiese podido evitar el resultado**, de haber interpuesto la acción indicada. Tal poder faltará cuando la

58. Sobre estos conceptos cfr.: infra, Lec. 14 y 15. Sobre las dificultades que encuentra la admisión de la cooperación por omisión, cfr. Lec. 15, II, 5, Ba.

59. Sobre los problemas de autoría y participación en la comisión por omisión cfr. Silva, CPC 1989, pp. 385 ss.

acción positiva indicada de nada sirva para evitar el resultado, porque de todas formas vaya a producirse.

78 Lo anterior es suficiente, y **no** hace falta, además, demostrar la presencia de una verdadera **relación de causalidad** entre la omisión y el resultado. Tras una discusión tan larga como infructuosa acerca de la posibilidad de tal conexión causal en la omisión, la doctrina penal ha llegado a las dos conclusiones siguientes: 1º) Lo decisivo en la comisión por omisión no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo (**«causalidad hipotética»**, ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiese podido evitar el resultado);[60] 2º) En cualquier caso, resulta imposible sostener que un resultado *positivo* pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un puro *no hacer (ex nihilo nihil fit)*.[61]

79 Lo que sucede en los delitos de comisión por omisión es, pues, que para que sea posible la **imputación objetiva** del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado[62] cuando se hallaba en posición de garante.

80 Esto confirma la necesidad de distinguir entre relación de causalidad (como cuestión naturalística) e imputación objetiva (como cuestión normativa). Ya se vio en la lección correspondiente que en los delitos de acción la relación de causalidad es necesaria pero no suficiente para la imputación objetiva. Ahora comprobamos que ni siquiera es necesaria para la imputación objetiva en los delitos de omisión. Nótese, por otra parte, que la posición de garante debe considerarse otro presupuesto —junto a la posibilidad de evitar el resultado— de la imputación objetiva en la comisión por omisión.

---

60. Cfr. Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, pp. 61 ss.; Bacigalupo, Delitos de omisión, pp. 87 ss.; Novoa Monreal, DP 1983, p. 36, que habla de «vínculo de evitación». Cfr. además SSTS 1538/2000 de 9 oct. y 320/2005 de 10 mar.

61. Así la doc. dom.: por todos, con referencias de la doc. alemana, cfr. Jescheck, Tratado, p. 852; Antón Oneca, PG, p. 172; Sánchez Tejerina, op. cit., p. 28; Rodríguez Devesa, PG, p. 372; Cobo/Vives, PG, p. 360; Novoa, Fundamentos, pp. 163 ss. Un sector admite la «causalidad lógica» (no material) de las condiciones negativas (duplex negatio est affirmatio): en España, Rodríguez Mourullo, PG, pp. 306 s., y Omisión de socorro, pp. 54 ss. También admiten la causalidad: Cuello Calón, PG, I, p. 354; Quintano, Curso, I, p. 213; Córdoba, Comentarios, I, p. 9; Sáinz Cantero, Lecciones, p. 517. Mas, aunque se admitiera la condicionalidad lógica de la no evitación, como ha señalado Armin Kaufmann (Unterlassungsdelikte, p. 61), el omitente no sería causa de la no evitación pues ésta subsistiría aunque aquél no existiera. Por lo demás, para afirmar la producción efectiva de un resultado no basta su condicionamiento lógico. Cuestión distinta es la de que este condicionamiento deba ser un elemento necesario para permitir la imputación objetiva del resultado, pero además hará falta que concurra posición de garante. Aunque el TS ha hablado en ocasiones de causalidad en la omisión (p. ej., S. 17 dic. 77), utiliza con frecuencia la más correcta fórmula hipotética que exige que la realización de la conducta descrita en el tipo hubiera evitado el resultado: SSTS 9 oct. 2000 (declara abiertamente que «la omisión nunca es causal por definición»), 102/2005 de 4 febr., 1136/2005 de 4 oct. y 988/2006 de 10 oct. Cfr. Corcoy, Criterios, pp. 42 s., 102.

62. Así Bacigalupo, Delitos de omisión, p. 90.

81 El problema es, sin embargo, que no cabe decidir con *absoluta* seguridad si la acción omitida hubiera o no impedido el resultado. Se trata de un juicio hipotético sometido inevitablemente a un margen de error. La doctrina dominante se contenta, por ello, con la constatación de que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con una *«probabilidad rayana en la seguridad»*[63]. Otro sector doctrinal considera necesario y suficiente que la interposición de la acción esperada hubiera supuesto *con seguridad un aumento de las posibilidades de evitación del resultado* (segura disminución del riesgo).

82 Ello se argumenta diciendo que existe ya deber de actuar en cuanto aparece como posible *(ex ante)* que la intervención evite el resultado, aunque no sea seguro que va a conseguirlo.[64] Es cierto que el deber de auxilio existe ya con tal de que *ex ante* ofrezca posibilidades de éxito; pero la imputación objetiva del resultado necesario para la comisión por omisión consumada requiere además que el riesgo creado (mejor: no disminuido) *se realice* efectivamente en el resultado, cuestión que sólo puede decidirse afirmativamente si *ex post* se comprueba que el resultado se habría evitado (al menos con práctica seguridad) mediante la intervención omitida. En otro caso cabe únicamente apreciar *tentativa*.[65]

2. *Peculiaridades del tipo subjetivo*

83 Vale para la comisión por omisión lo dicho respecto del dolo para los delitos de omisión pura. La única particularidad es que, como es lógico, el dolo deberá abarcar no sólo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción. Además, habrá de extenderse a la situación que determina la presencia de posición de garante[66] (así, p. ej., la dependencia creada por el actuar precedente), en tanto que la conciencia de que la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho y su ausencia no constituiría error de tipo, sino de *prohibición*.

---

63. Cfr. p. ej. Kühl, Strafrecht, AT, 3ª ed., 18/38. También STS 9 oct. 2000 (aunque para la complicidad por omisión exige sólo que ésta hubiera *facilitado* el hecho).

64. Cfr. Stratenwerth, AT, 13/52. Ver también Otto, Strafrecht, AT, 6ª ed., 9/99.

65. Así, también, Kühl, Strafrecht, AT, 3ª ed., 18/39.

66. Ver STS 27 jun. 97.

Lección 13.
TIPOS DE IMPERFECTA REALIZACIÓN: ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y TENTATIVA

Bibliografía

Alastuey Dubón, Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento, RDPC (5) 2011; *Albrecht*, Der untaugliche Versuch, 1973; *Alcácer*, El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa, ADPCP 1996, pp. 473 ss.; *el mismo*, La tentativa inidónea. Fundamento de la punición y configuración del injusto, 2000; *el mismo*, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, RDPCr (7) 2001, pp. 11 ss.; *el mismo*, Desistimiento malogrado y reglas de imputación, AP 2001-3, pp. 1041 ss.; *el mismo*, Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, 2001; *el mismo*, Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión, La Ley, 2002; *el mismo*, ¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento, 2002; *el mismo*, Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: Iter criminis y Derecho penal económico, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Alejandro David*, El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad, 2009; *Allfeld*, Der Rücktritt vom Versuch, Frank-Festgabe, tomo II, 1930; *Álvarez Vizcaya*, El desistimiento idóneo fracasado, ADPCP 1996, pp. 875 ss.; *Alwart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982; *Arzt*, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ, 1969, pp. 54 ss.; *el mismo*, Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, GA, 1964, pp. 1 ss.; *Baldó*, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP 1989, pp. 1091 ss.; *el mismo*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994, pp. 111 ss.; *Barber*, Los actos preparatorios del delito, 2004; *Bastero Archanco*, Tentativa de delito y delito frustrado: su unificación, 1952; *Baumann*, Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, NJW, 1962, pp. 16 ss.; *el mismo*, Noch einmal: Kenntnis des Verletzten und tätige Reue, JuS, 1971, pp. 631 ss.; *Benlloch*, De cómo el injusto de la tentativa va variando según avanza la ejecución y de cómo esto incide en la fundamentaciçón de la impunidad del desistimiento, en Re. Peruana de Jurisprudencia, nº 24, 2003; *Blecua Fraga*, El retroceso del sujeto en la conducta criminal emprendida, CPC 20 (1983), pp. 309 ss.; *Blei*, Das Wahnverbrechen, JA, 1973, pp. 601 ss.; *el mismo*, Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht, JA, 1975, pp. 95 ss., 167 s., 233 ss., 319 ss.; *el mismo*, Die Entdeckung der Tat durch den Verletzten (§46 Nr. 2 StGB), JA, 1971, pp. 297 ss.; *Bloy*, Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch, JuS 1987, pp. 528 ss.; *Bockelmann*, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ, 1954, pp. 468 ss.; *el mismo*, Die jüngste Rechtsprechung des B.G.H. zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ, 1955, pp. 193 ss.; *el mismo*, Vorbereitung und Versuch, Niederschriften, t. II, Nr. 34; *el mismo*, Zur Reform des Versuchsstrafrechts, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957; *el mismo*, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW, 1955, pp. 1417 ss.; *Borja Jiménez*, La terminación del delito, ADPCP, 1995; *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *Bringewat*, Kenntnis des Verletzten und tätige Reue, JuS, 1971, pp. 403 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2ª ed., 1974, pp. 438 ss.; *el mismo*, Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1966; *el mismo*, Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts, GA, 1979, pp. 161 ss.; *Büker*, Die Milderung der

Strafe für den Versuch, JZ, 1956, 477 ss.; *Burgstaller*, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, JBl 1998, pp. 397 ss.; *von Buri*, Versuch, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, 1894; *Burkhardt*, Das Unternehmensdelikt und seine Grenze, JZ, 1971, pp. 352 ss.; *el mismo*, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ, 1981, pp. 681 ss.; *el mismo*, Der Rückritt als Rechtsfolgebestimmung, 1975; *Bustos*, Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema, Homenaje a Pérez-Vitoria, t. I, 1983 (= el mismo, Control social y sistema penal, 1987, pp. 309 ss.); *Caballero Brun*, Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español, en RP (23) 2009; *Campo*, Los actos preparatorios punibles, 2000; *Cancio*, Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa, Rev. Canaria de Ciencias Jurídicas, 2000; *Cerezo*, Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español, ADPCP 1961 (=el mismo, Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982, pp. 25 ss.); *el mismo*, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 1964; *el mismo*, Actos preparatorios y tentativa, en Asúa Batarrita, (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, 1997, pp. 43 ss.; *el mismo*, La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal, RDPCr (1) 1998, pp. 13 ss.; *Córdoba Angulo*, La tentativa, Bogotá, 1993; *Cuello Contreras*, La conspiración para cometer el delito: Interpretación del art. 4.1. CP (Los actos preparatorios de la participación), 1978; *el mismo*, El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa, LH Torío López, 1999, pp. 285 ss.; *el mismo*, Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tenativa, ADPCP, 2007; *Cuerda Arnau*, El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión, en A.A.V.V., La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas, CGPJ, nº 128, 2007; *Cuervo Pita*, Actos preparatorios del delito, NEJ, t. II, pp. 334 ss.; *Demetrio*, La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, 2003; *Dicke*, Zur Problematik des untauglichen Versuchs, JuS, 1968, pp. 157 ss.; *Doval*, La penalidad de las tentativas de delito, 2001; *Domínguez Correa,* El desistimiento de la tentativa, 2013; *Engisch*, Der umgekehrte Irrtum und das Umkehrprinzip, Heinitz-Festgabe, 1972; *Fad*, Die Abstandnahme von der Tat im Vorbereitungsstadium, 2005; *Farré Trepat*, La tentativa de delito, 1986; *la misma*, Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución, ADPCP 1986, pp. 257 ss.; *la misma*, Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso, ADPCP 1986, pp. 627 ss.; *la misma*, Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea, en A.A.V.V., Estudios de Derecho penal y Criminología (Libro-Homenaje a Rodríguez Devesa), 1989, pp. 259 ss.; *la misma*, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa, en A.A.V.V., Estudios penales y criminológicos, XIII, 1990, pp. 43 ss.; *la misma*, Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración, ADPCP 1992, pp. 711 ss.; *Ferrer Sama*, La tentativa como especial tipo penal, Estudios jurídicos, III, 1941; *Fiedler*, Vorhaben und Versuch im Strafrecht, 1967; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18ª ed., 1931; *W. Frisch*, La atenuación del marco penal en la tentativa, ADPCP 1994, pp. 159 ss.; *Fuentes Osorio*, Formas de anticipación de la tutela penal, en RECPC (8) 2006; *el mismo*, La preparación delictiva, 2007; *el mismo*, Formas de anticipación de la tutela penal, 2009; *García-Pablos*, Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita, Rev. de la Fac. de Derecho Univ. Complutense, vol. XVIII, núm. 49; *Geilen*, Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, JZ, 1972, pp. 335 ss.; *Gili Pascual*, Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado, en InDret 2/2012; *Gimbernat*, Autor y cómplice en Derecho Penal, 1966; *el mismo*, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, 1966; *el mismo*, El desistimiento en la tentativa acabada. Lectio doctoralis, ADPCP, 2006; *Gómez Martín*, Delito especial con autor inidóneo. ¿Tentativa punible o delito putativo?, 2006; *Gómez Rivero*, La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación, AP 1995-1, pp. 201 ss.; *la misma*, Tentativa de dolo eventual: bases para su convivencia, en ADPCP, 2013; *González Cussac*, Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal, en PJ nº 28 (1992), pp. 7 ss.; *González Mateos*, Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa, AP 2001-2, pp. 621 ss.; *el mismo*, La penalidad de la tentativa, RPJ (61) 2001, pp. 165 ss.; *el mismo*, Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España, ADPCP, 2001; *Gössel*, Über die Vollendung des Diebstahls, ZStW, 85 (1973), pp. 645 ss.; *el mismo*, Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz, GA, 1971, pp. 225 ss.; *el mismo*, Über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW, 87 (1975), pp. 3 ss.; *Gracia Martín*, Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (y II), en AP 1994, pp. 345 ss.; *el mismo*, El iter criminis en el Código Penal español de 1995, en CDJ, 1996; *el mismo*, Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código Penal español de 1995. (Comentario a la SAP Zaragoza 24-05-96), RDPCr (3) 1999, pp. 335 ss.; *Graf zu Dohna*, Der Mangel am Tatbestand, Güterbock-Festgabe, 1910; *el mismo*, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch im Lichte der Judikatur des R.G., ZStW, 59 (1940), pp. 541;

Grünwald, Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JZ, 1959, 46 ss.; *el mismo*, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, Welzel-Festschrift, 1974, pp. 201 ss.; *Günther*, Partieller Rücktritt vom Versuch und Deliktswechsel, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 541 ss.; *Gutmann*, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963; *Haffke*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA, 1978, pp. 33 ss.; *Hassemer*, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, en Lüderssen/Sack, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, I, 1980, pp. 229 ss.; *Herzberg*, Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des B.G.H., JuS, 1980, pp. 469 ss.; *el mismo*, Der Rücktritt mit Deliktsvorbehalt, en Festschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pp. 709 ss.; *el mismo*, Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung, en Festschrift für Blau, 1985; *el mismo*, Beendeter oder unbeendeter Versuch, NJW 1986, pp. 2466 ss.; *el mismo*, Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt, Festschrift für Lackner, 1987, pp. 325 ss.; *von Hippel*, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; *Hruschka*, Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ, 1969, pp. 495; *Isenbeck*, Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW, 1965, pp. 2326 ss.; *Jahr*, Die Bedeutung des Erfolges für das Problem der Strafmilderung beim Versuch, 1981; *Jakobs*, Consumación material en los delitos de lesión contra la persona, trad. de *Cardenal*, en RECPC 04-13 (2002) (http://criminet.ugr.es/recpc/); *Jescheck*, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Welzel-Festschrift, 1974, pp. 683 ss.; *Jiménez de Asúa*, El «iter criminis» y la tentativa. El Criminalista, vol. IV, Buenos Aires, 1951; *el mismo*, La ley y el delito, 2ª ed., Buenos Aires, 1954; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW, 80 (1968), pp. 34 ss.; *el mismo*, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift, 1974, pp. 393 ss.; *Kölz-Ott*, Eventualvorsatz und Versuch, 1974; *Kühl*, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS, 1979, pp. 718 ss., 874 ss., JuS, 1980, pp. 120 ss., 273 ss., 506 ss., JuS, 1981, pp. 196 ss., y JuS, 1982, pp. 110 ss. y 189 ss.; *Küper*, Versuchs-und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ, 1979, pp. 775 ss.; *el mismo*, Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, NJW 1984, pp. 777 ss.; *de Lacerda da Costa Pinto*, A relevància da desistència en situaçoes de comparticipaçao, 1992; *Lampe*, Genügt für den Entschluss des Täters in §43 StGB sein bedingter Vorsatz?, NJW, 1958, pp. 352 ss.; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo*, Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale», Lange-Festschrift, 1976, 241-264; *Laubenthal*, Der Versuch des qualifizierten Delikts..., JZ 1987, pp. 1065 ss.; *Lehmann*, Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischen Recht, 1962; *López Barja*, La tentativa inidónea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, RPJ (59) 2000, pp. 147 ss.; *Manjón-Cabeza*, Apología del terrorismo, en A.A.V.V., Estudios en recuerdo del Prof. Ruiz Antón, 2004; *Maqueda*, Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, PJ nº 9 (1988), pp. 9 ss.; *Martínez-Buján*, La expansión de las formas preparatorias y de participación, en RP (21) 2008; *Martínez Escamilla*, El desistimiento en Derecho penal, 1994; *la misma*, Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 331 ss.; *Maurach*, Die Beiträge der neueren höchsrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahndelikts, NJW, 1962, pp. 716 ss. y 767 ss.; *Meyer*, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZstW, 87 (1975), pp. 578 ss.; *Meyer*, Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch einer Straftat, JuS, 1977, pp. 19 ss.; *Mir Puig*, Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal, ADPCP, 1973, pp. 319 ss.; *el mismo*, El delito de matrimonios ilegales, ADPCP, 1974; *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982; *el mismo*, Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto de CP, en RFDUC, 1980, pp. 39 ss.; *el mismo*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988, pp. 661 ss.; *el mismo*, Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal, en A.A.V.V., Problemas específicos de la aplicación del nuevo Código penal, CDJ 1999, pp. 13 ss. (hay versiones modificadas en RJCat 2001, pp. 691 ss., y, bajo el título Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen StGB, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 729 ss.); *Carlos Mir Puig*, Sobre la naturaleza jurídica de la tentativa y del delito frustrado, en PJ nº 30 (1993) pp. 75 ss.; *De Moner*, La clasificación de la responsabilidad en tentativa, frustración y consumación, ¿procede de un principio político o se deriva de un principio moral?, Rev. de Legislación, Vol. LIII, 1878, pp. 422 ss.; *Moreno-Torres*, Tentativa de delito y delito irreal, 1999; *Muñagorri*, Punición o despenalización de la proposición para delinquir, ADPCP 1989, pp. 989 ss.; *Muñoz Conde*, El desistimiento voluntario de consumar el delito, 1972; *el mismo*, Der mißlungene Rücktritt: eine Wiederkehr der Erfolgshaftung?, GA 1973, pp. 33 ss; *el mismo*, Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 84 (1972), pp. 756 ss.; *Muñoz Lorente*, La tentativa inidónea y el CP de 1995, 2003; *Núñez Barbero*, El delito imposible, 1963; *Octavio de Toledo*, Algunos límites de la tentativa

con arreglo al Código Penal, en RP (24) 2009; *Orts Berenguer*, Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito, CPC 18 (1982), pp. 483 ss.; *Otto*, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, NJW, 1976, pp. 578 ss.; *el mismo*, Der Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA, 1980, pp. 641 ss. y 707 ss.; *el mismo*, Schadenseintritt und Verjährungsbeginn, en Festschrift f. Lanckner, 1987, pp. 715 ss.; *Pereda*, Delito imposible. Determinación de las penas, 1930; *el mismo*, Un caso de punición del delito imposible y de la tentativa inidónea, RGLJ, 1942, pp. 268 ss.; *el mismo*, El «iter criminis» en Covarrubias, Estudios de Deusto, Año V, 1957, pp. 291 ss.; *Pérez Ferrer,* El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español, 2008; *Pérez Parente/Sánchez Domingo*, Acerca de la punición de la tentativa inidónea, La Ley 1998-1, pp. 1801 ss.; *PolainoNavarrete*, Das Versuchsunrecht am Beispiel der schlichten Tätigkeitsdelikte und der echten Unterlassungsdelikte, en Festschrift für K.H. Gössel, 2002; *el mismo*, El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado, en RPJ nº 72, 2003; *Pozuelo*, El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, 2003; *Puig Peña*, Frustración, NEJ, vol. X, pp. 186 ss.; *Puppe*, Der halbherzige Versuch, NStZ 1984, pp. 488 ss.; *la misma*, Zur Unterscheidung von beendetem und unbeendetem Versuch, NStZ 1986, pp. 14 ss.; *la misma*, Der Versuch des mittelbaren Täters, 2005; *Puschke*, Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito, en InDret 4/2010; *Quintanto Ripollés*, Delito imposible, NEJ, vol. VI, pp. 588 ss.; *Quintela de Brito*, A tentativa nos crimes comissivos por omissão, Coimbra 2000; *Rebollo*, La provocación y la apología en el nuevo CP, 1997; *Requejo*, Tentativa y desistimiento en los delitos de omisión, AP 2001-2, pp. 537 ss.; *Rey*, La tentativa jurídico-penal: acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo, 2001; *Righi*, Problemas sistemáticos de la punibilidad de la tentativa inidónea, Homenaje a Jiménez de Asúa, 1970; *Rodríguez Mourullo*, Delito imposible y tentativa en el Código Penal español, ADPCP, 1971, pp. 369 ss.; *el mismo*, La punición de los actos preparatorios, ADPCP, 1968, pp. 277 ss.; *el mismo*, La omisión de socorro en el Código Penal, 1966; *el mismo*, Las fases de ejecución del delito, RJCat, núm. extra, 1980; *Romero*, La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo, Homenaje a Jiménez de Azúa, 1970; *Del Rosal Blasco*, La provocación para cometer delito en el Derecho español, 1986; *el mismo*, La apología delictiva en el nuevo CP de 1995, en Estudios sobre el CP de 1995 (Parte Especial); *Roxin*, Über den Tatentschluss, Schröder-Gedächtnis, 1978, pp. 145 ss.; *el mismo*, Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-Festschrift, 1972; *el mismo*, Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS, 1979, pp. 1 y ss.; *el mismo*, Der fehlgeschlagene Versuch, JuS, 1981, pp. 1 ss.; *el mismo*, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen StGB, JuS, 1973, pp. 197 ss. y 329 ss.; *el mismo*, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Festschrift für Ernst Heintz, 1972, pp. 251-276; *el mismo*, El comienzo de la tentativa en la intervención de un intermediario lesivo contra sí mismo. (Comentario a la Sentencia del BGH de 12 de agosto de 1997), AP 1999-2, pp. 589 ss.; *el mismo*, Acerca del fundamento penal de la tentativa, en el mismo, Dogmática penal y Política criminal, trad. de Abanto, Lima, 1998, pp. 255 ss.; *el mismo*, Der fehlgeschlagene Versuch – eine kapazitätsvergeudende, überflüssige Rechtsfigur? NStZ 2009; *Rudolphi*, Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch, JuS 1973, pp. 20 ss.; *Ruiz Antón*, El fundamento de la pena en la tentativa inidónea, en Rev. Fac. Der. Madrid, nº 55 (1979), pp. 169 ss.; *Celia Sáinz de Robles*, Sobre la tentativa del sujeto inidóneo, en Libro-Homenaje a Beristain, 1989, pp. 621 ss.; *Salm*, Das versuchte Verbrechen, 1957; *Sánchez Domingo*, Rasgos característicos de la regulación de la apología en la legislación penal española y en el ámbito europeo, en CPC (101) 2010; *Sánchez Lázaro*, Breves notas sobre autoría, tentativa e imprudencia, en EPC, 2006; *Sancinetti*, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Bogotá, 1995; *Sax*, Zum logischen und sachlichen Gehalt des sogenanten «Umkehrschlusses aus § 59 StGB», JZ, 1964, pp. 241 ss.; *Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des Mittelbaren Täters, 1975; *Schmidt*, Bedingter Handlungswille beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW, 74 (1962), pp. 42 ss.; *el mismo*, Über Feuerbachs Lehre vom «Mangel am Tatbestand», Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, pp. 19 ss.; *Schmitt*, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS, 1961, pp. 25 ss.; *Schroeder*, Die Freiwilligkeit des Rücktrittes vom Versuch, MDR, 56 (1956), pp. 321; *el mismo*, Die Unternehmensdelikte, Kern-Festschrift, 1968; *Seminara*, Il delitto tentato, 2012; *Serrano Piedecasas*, Fundamento de la punición de la tentativa, LH Torío López, 1999, pp. 521 ss.; *el mismo*, Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal, ADPCP 1998; *Silva*, La regulación del *iter criminis*, en El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997; *Sola Reche*, La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos, 1996; *el mismo*, Sobre el concepto de tentativa inidónea, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 773 ss.; *Spendel*, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW, 65 (1953), pp. 519 ss.; *el mismo*, Der sogenannte

Umkehrschluss aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, ZStW, 69 (1957), pp. 441 ss.; *el mismo*, Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW, 1965, pp. 1881 ss.; *el mismo*, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Stock-Festschrift, 1966; *Stöger*, Versuch des untauglichen Täters, 1961; *Stratenwerth*, Die fakultative Strafmilderung beim Versuch, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 1963; *el mismo*, Der Versuch des untauglichen Subjekts, Bruns-Festschrift; *Stree*, Beginn des Versuchs bei qualifizierten Straftaten, Peters-Festschrift, 1974; *Streng*, Tatbegriff und Teilrücktritt, JZ 1984, pp. 652 ss.; *Struensee*, Versuch und Vorsatz, en Festschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 523 ss. (=CPC nº 38 [1989], pp. 405 ss.); *el mismo*, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 (1990), pp. 21 ss. (trad. españ. en ADPCP 1990, pp. 933 ss.); *Suárez Montes*, El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADPCP, 1966, pp. 215-229; *Tamarit*, La tentativa con dolo eventual, ADPCP 1992, pp. 515 ss.; *Torío*, Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa, en A.A.V.V., Presupuestos para la Reforma penal, 1992, pp. 1009 ss.; *Traub*, Die umgekehrte «Parallelwertung in der Laiensphäre» —Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, JuS, 1967, pp. 113 ss.; *Treplin*, Der Versuch, ZStW, 76 (1964), pp. 441 ss.; *Ulsenheimer*, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA, 1966, pp. 257 ss.; *el mismo*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976; *el mismo*, Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Bockelmann-Festschrift, 1979, pp. 405 ss.; *Valdés Osorio*, La provocación como forma de intervención en el art. 325 del CP español, en Documents de Treball, Colecció de Dret, nº D03/06, 2003 (Universitat de Bracelona); *Vicente y Caravantes*, ¿Son punibles los actos ejecutados para cometer un delito que no ha resultado criminal? ¿Qué actos constituyen tentativa o delito frustrado de los delitos de homicidio, robo, etc..., Rev. de Legislación, Vol. XLIV, 1874, pp. 30 ss.; *Vogler*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, ZStW 98 (1986), pp. 331 ss.; *Waiblinger*, Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch, ZStW, 69 (1957), p. 189; *Walder*, Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, SchwZStr., 99 (1982), pp. 225 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einen funktionalen Straftatsystem, 1981; *Zachariae*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1ª Parte, 1836 y 2ª Parte, 1839; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989; *Zaffaroni/Pierangeli*, Da tentativa, Bauni 1981; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. Consideraciones generales

1. *Planteamiento*

1 Se estudian en esta Lección los tipos consistentes en la realización de conductas dirigidas a la consumación de alguno de los tipos dolosos previstos en los Libros II y III CP, pero que no alcanzan tal objetivo, sino que quedan en *fases anteriores a dicha consumación*. Ejemplos: A dispara sobre B con intención de darle muerte, pero la bala no da en el blanco; varios sujetos se reúnen y deciden ejecutar un robo, pero este delito no puede llegar a realizarse. En el primer caso concurre una «tentativa» y en el segundo un acto preparatorio punible («conspiración»). Como es lógico, en los delitos imprudentes sólo puede castigarse la consumación.

2 Tradicionalmente se incluyen las figuras aquí examinadas en un apartado posterior al completo desarrollo sistemático del delito consumado, a menudo bajo la rúbrica de «formas de aparición del delito». Pero también es lícito considerar estos temas entre las clases de tipos. En realidad se trata no sólo de la imperfecta realización de un tipo, sino también de que la misma realiza a su vez *otros* tipos legales. Por otra parte, las figuras aquí examinadas *sólo* se distinguen del delito consumado por su estructura típica (positiva), coincidiendo en los siguientes apartados de la teoría del delito: causas de justificación, culpabilidad. Se trata,

en todo caso, de evitar la impresión de que la consumación, la tentativa y los actos preparatorios punibles constituyen *sólo* formas de aparición *de un mismo delito*;[1] importa subrayar que suponen tipos distintos, aunque relacionados.

2. *Fase interna y fase externa del delito*

3 Hasta que una conducta humana llega a realizar perfectamente uno de los tipos dolosos previstos en la Parte Especial del CP (consumación) pasa por distintos momentos o fases, por los que se suele decir que discurre el ***«iter criminis»***.[2] Por de pronto, el delito pasa por una **fase interna**, primero, y por otra **fase externa**, después.

4 Todo delito nace, como toda acción humana, en la mente del autor. La *deliberación* puede ser más o menos breve, e incluso faltar. Pero la *resolución*, más o menos lúcida, es presupuesto de todo hecho doloso (aunque cfr. *supra*, Lec 12, VI, 2). Ahora bien: en sí misma la fase interna no puede ser objeto de castigo por el Derecho, sino sólo en cuanto se traduzca en una fase externa, en ciertas condiciones *(cogitationis poenam nemo patitur)*.[3] En el Derecho penal moderno se parte de la distinción liberal entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos.

5 Lo anterior no se discute por nadie. Más opinable es la determinación del momento de la fase externa en que puede empezar a intervenir el Derecho penal. Por de pronto, cabe distinguir dos grandes momentos externos: la fase de **actos preparatorios** y la fase de **ejecución**. Los actos preparatorios —no siempre concurrentes— suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto en la Parte Especial. Procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices, son ejemplos de actos preparatorios. Iniciar la acción de disparar sobre la víctima ya es, en cambio, un ejemplo de comienzo de la fase ejecutiva. Pues bien, ¿cabe castigar ya los actos preparatorios? ¿Hay que esperar a los actos ejecutivos? En el CP vigente se parte del **principio de impunidad de los actos preparatorios**. Se exceptúan algunos supuestos que se reputan especialmente peligrosos: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (arts. 17 y 18 CP), cuando expresamente se castiguen por la ley (**actos preparatorios punibles**). Iniciada la fase ejecutiva se parte del principio contrario, la **punición de la tentativa.**

---

1. Ejemplo de que a esto puede conducir la teoría tradicional de las «formas de aparición del delito»: Rodríguez Devesa, PG, p.725.

2. Cfr. por ejemplo, Jiménez de Asúa, PG, p. 725.

3. El aforismo procede de Ulpiano (D. 48, 19, 16), pero antes del Estado liberal conocía excepciones importantes —como la punición de la herejía: cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 730.

3. *Fundamento de la punición de fases anteriores a la consumación*

¿Por qué castiga la ley conductas que no llegan a la lesión del bien jurídico protegido? Si, p. ej., la ley quiere evitar que se *mate*, ¿por qué castigar el disparo que no alcanza a la víctima y no le da muerte? Tres grupos de teorías tratan de responder a esta pregunta por caminos distintos. En su exposición seguiré fundamentalmente el claro planteamiento de Jescheck.[4] **6**

A) Las **teorías objetivas** sostienen que la razón del castigo es la *puesta en peligro* del bien jurídico protegido. Ello explicaría que, aun dirigidas por una misma finalidad *subjetiva*, se castiguen de diversa forma la preparación (cuando es punible), la ejecución imperfecta y la consumación. La razón sería la mayor o menor proximidad *objetiva* respecto de la lesión del bien jurídico. Este punto de vista objetivo fue característico de la doctrina penal *liberal* del siglo XIX (así, Feuerbach en Alemania y Carrara en Italia)[5] y en nuestro país constituye la opinión mayoritaria.[6] Sus **consecuencias** político-criminales son: **7**

a) El *principio* de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se hallan objetivamente demasiado lejos de la lesión del bien jurídico (insuficiente peligrosidad objetiva). **8**

b) La menor punición de la tentativa respecto de la consumación, ya que objetivamente es menos grave la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico. **9**

c) La impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, porque no resulta objetivamente peligrosa. **10**

B) Las **teorías subjetivas** ven el fundamento de la pena de las fases anteriores a la consumación en la *voluntad contraria a Derecho manifestada*. Faltando la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión, en cuanto se manifiesta externamente. Este punto de vista subjetivo se defendió en Italia por la Escuela Positiva (Garofalo) y, en parte, gracias al finalismo de Welzel,[7] se halla hoy ampliamente extendido en Alemania.[8] De mantenerse en forma pura —lo que no suele suceder[9] — sus **consecuencias** político-criminales serían: **11**

a) Una tendencia a la ampliación de la esfera de los actos ejecutivos punibles, adelantando el momento de su comienzo, a costa de reducir el ámbito de los actos preparatorios impunes. La razón sería que ya desde el principio se manifestaría la voluntad criminal. **12**

b) Igual punición de tentativa y consumación, pues la ausencia del resultado no supone una voluntad delictiva menos disvaliosa. **13**

---

4. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 700 ss.

5. En la actualidad lo mantienen Dicke, Spendel y Treplin: cfr. sus obras cit. en la bibliografía.

6. Así, por ejemplo, Antón Oneca, PG, p. 417; Córdoba, Notas, II, pp.185 s.; Cobo/Vives, PG, pp. 639 ss.; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 81 (para la tentativa idónea).

7. Cfr. Welzel, Lb, pp. 192 ss. (=trad. pp. 266 s.). También en esta línea Cerezo Mir, Tentativa, p. 31.

8. Jescheck, Tratado, p. 701, considera este planteamiento «doctrina dominante» en Alemania.

9. De ahí que muchos partidarios de la fundamentación subjetiva no acepten algunas de estas consecuencias, como las de la equiparación de la pena de toda forma de tentativa y de la punibilidad de la tentativa irreal. Sobre la fundamentación de la distinción (acertada) entre la pena de la tentativa inacabada y de la tentativa acabada que se hace desde la perspectiva subjetivista, cfr. Farré, La tentativa, pp. 477 ss. Una fundamentación de la impunidad de la tentativa irreal pretendidamente subjetiva ofrece Struensee, ZStW 102 (1989), pp. 21 ss. A mi juicio, ninguna de ambas fundamentaciones puede verse como puramente subjetiva, sino que ambas son objetivo-subjetivas. Cfr. infra, III 3.

14 c) Punición de la tentativa absolutamente inidónea, puesto que la inidoneidad objetiva no empece a la presencia de una perfecta voluntad criminal.

15 C) Las **teorías mixtas**, mantenidas en la actualidad por un importante sector de la doctrina alemana (así Jescheck),[10] parten de la voluntad delictiva como fundamento del castigo, pero creen necesario limitar éste por exigencias objetivas, como la de que el hecho produzca una *conmoción de la colectividad* (**teoría de la impresión o conmoción**). En otras palabras, el objeto de la punición sería la voluntad, pero el merecimiento de pena lo decidiría la conmoción del sentimiento de seguridad de la colectividad. Las **consecuencias** político-criminales de esta perspectiva serían:

16 a) La adopción de criterios objetivos para la delimitación de actos preparatorios y actos ejecutivos: sólo se deben castigar los actos que producen ya una objetiva conmoción social.

17 b) La atenuación facultativa de la pena de la tentativa: según se aminore o no la conmoción social.

18 c) La impunidad de la tentativa irreal, porque no determina alarma social alguna.

19 D) ¿Cuál de las tres posiciones expuestas resulta más adecuada para explicar la punición de fases anteriores a la consumación en el **Derecho penal español**? Ya he dicho que en nuestro país es dominante el criterio *objetivo*. Ello resulta acertado si comparamos las consecuencias político-criminales de esta perspectiva y la legislación penal española.

20 a) En España los actos preparatorios son impunes salvo cuando se entiende que revisten una peligrosidad objetiva particular (conspiración, proposición y provocación a determinados delitos).

21 b) En nuestro Derecho no sólo es obligatoria una menor pena para la ejecución imperfecta, sino que tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre la tentativa *acabada* (antes denominada «frustración») y la tentativa *inacabada*.[11] El actual CP abandona el término «frustración», pero obliga a fijar la pena «atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado» (art. 62). Se tiene en cuenta, pues, la mayor o menor *proximidad objetiva* respecto de la consumación.

22 c) La tentativa *irreal* no es punible. El art. 16 CP 1995 ha venido a confirmar lo que antes ya sostenía la opinión dominante, al exigir en la definición de tentativa que el sujeto practique «todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado». Ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa inidónea (o «delito imposible») no irreal.

23 Todo ello resulta coherente, además, con los postulados que debe respetar el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 Constitución española 1978). Un tal Derecho penal está llamado al cometido político-social de prevención de comportamientos

---

10. Tratado, p. 702. Cfr. También en este sentido las obras de Grünwald, Meyer y Salm, cit. en la bibliografía. En España Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 475 ss. defienden que el fundamento de la punición de todas las formas imperfectas de ejecución está tanto en criterios objetivos como subjetivos; a favor de teorías mixtas para la tentativa inidónea Rodríguez Mourullo, Comentarios, II, pp. 223 ss.; en contra Cobo/Vives, PG, p. 641 nota 7.

11. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 81, II, p. 215. Pero hay que admitir que también el desvalor subjetivo de la acción es más grave cuando el sujeto ha realizado voluntariamente todos los actos de ejecución, que cuando todavía no ha ordenado (a su cuerpo) la realización de todos ellos. Cfr. así Zielinski, op. cit., pp. 216 s.

externos (no de voluntades ni actitudes internas) en la medida de su *peligrosidad objetiva* para bienes jurídicos.

24 Es cierto que cuando se castiga un acto anterior a la consumación es porque no ha sido capaz de producir ésta. Siempre que no se llega a la consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto, es porque algo le falta a su intento para ser concretamente adecuado. Peligrosidad *objetiva* no significa que, *tal como han ido las cosas en el caso concreto,* los actos preparatorios o ejecutivos hayan podido producir la consumación, pero sí que *en otras circunstancias* hubieran podido conducir a ella. Se trata de una *peligrosidad estadística,* suficiente para una fundamentación prevencionista basada en la versión del utilitarismo que hoy suele considerarse preferible por los partidarios de esta doctrina ética: *el utilitarismo de la regla, no del acto.* Esta especie de peligrosidad concurre tanto en la tentativa *idónea* como en la *inidónea no irreal* (cfr. infra, V).

25 Pero la prevención sólo puede operar mediante normas que prohíben (o mandan) *conductas* en el momento en que pueden realizarse *(ex ante)*: ni puede prohibirse la *mera resultancia* de lesión ni la de puesta en peligro *a posteriori (ex post)*.[12] El fundamento del castigo de fases anteriores a la consumación ha de verse, pues, en la peligrosidad objetiva de determinados actos dirigidos a consumar el delito, en la medida en que dicha peligrosidad se manifieste ya *ex ante*. Ahora bien, para que un determinado acto aparezca *ex ante* como *preparación* o *intento* de consumación, ha de realizarse con la *voluntad* de consumar el delito. La voluntad que guía la acción debe tenerse en cuenta también como parte integrante del tipo en las fases anteriores a la consumación, que necesariamente han de ser dolosas y, salvo en la tentativa acabada, exigen el ánimo de continuar ulteriormente el *iter criminis*.

4. *Naturaleza jurídica*

26 En un trabajo destinado al tema[13] traté de demostrar que el CP permite considerar a las fases anteriores a la consumación penadas por la ley como «delitos» distintos al delito consumado, y no sólo como «formas de aparición» de este último.[14] La estructura del problema sería la siguiente: la punibilidad de alguna de dichas fases supone precisamente que no se produce la realización del tipo pretendido, sino un tipo de hecho distinto, al que por lo menos falta el resultado de la consumación.

27 *Ejemplo:* El tipo de la «conspiración» para cometer un homicidio no consiste en matar, sino en concertarse para hacerlo; el tipo de la tentativa de asesinato no consiste tampoco en matar, sino en limitarse a iniciar actos dirigidos a conseguirlo.

12. Cfr. Mir Puig, Función, p. 69. Desarrolla este planteamiento específicamente para las formas de imperfecta ejecución Farré, La tentativa, pp. 32 ss., 389 ss. y 489 ss., y Tentativa idónea, pp. 273 ss.

13. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 349 ss.

14. En contra Rodríguez Devesa, PG, p. 725. A favor Cobo/Vives, PG, p. 639, nota 1. Sobre ello, ampliamente, Farré, La tentativa, pp. 39 ss.

II. Actos preparatorios punibles

1. *Consideraciones generales*

28 Se llaman actos preparatorios punibles[15] en nuestro Derecho la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (artículos 17 y 18 CP).

A) *Punibilidad*

29 La historia de los Códigos penales españoles se manifiesta fluctuante en torno a la punición de los actos anteriores al comienzo de la propia ejecución de los hechos penados en la Parte Especial. Del mismo modo que las sucesivas versiones de CP han respondido a cambios políticos de signo opuesto al que inspiró en cada caso la precedente, en cada una de tales reformas se ha invertido el tratamiento dado anteriormente a los llamados «actos preparatorios punibles». Se ha podido decir expresamente que la posición adoptada por cada uno de los Códigos españoles ante el problema de si deben castigarse o no con carácter general dichos actos preparatorios constituye el termómetro que mide el calor de las convicciones liberales.[16] En efecto: los Códigos más autoritarios han castigado *de modo general*, para todo delito, la conspiración, la proposición (1850) y además, la provocación para delinquir (1928, 1944),[17] mientras que los más liberales han limitado la punición de estas figuras a ciertos casos expresamente determinados en la Parte Especial (1848, 1870, 1932). Este último criterio, de ***no castigar con carácter general*** ningún acto preparatorio, es el adoptado por el CP 1995, que viene a proclamar así su voluntad de inscribirse en la línea de los Códigos liberales.[18] No obstante, el art. 18 incluye dentro de la provocación a la **«apología»**, lo que puede verse como una ampliación del concepto.

B) *Fundamento*

30 La razón del castigo de los actos preparatorios punibles es la *especial peligrosidad* que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal. Tanto en la conspiración, como en la proposición y en la provocación, la resolución

---

15. Se apartan de esta terminología ampliamente dominante Jiménez de Asúa, La Ley y el delito, p. 500, y Rodríguez Devesa, PG, pp. 731 ss. En contra, con razón, Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, p. 278.

16. La frase es de Jiménez de Asúa, La Ley y el delito, p. 502.

17. En este último se agravó además el rigor penal para con los actos preparatorios punibles, al elevarse su punición y equipararse a la de la tentativa (art. 52 CP): cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 64.

18. Favorable a esta solución un importante sector doctrinal. Por todos cfr. Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, pp. 283 ss.

criminal trasciende del sujeto aislado para comunicarse a otros.[19] Actualmente ello sólo se tiene en cuenta en determinados delitos, cuya naturaleza y gravedad contribuyen, pues, a explicar la punición de tales actos preparatorios.

C) *Naturaleza jurídica*

31 Los actos preparatorios punibles representan *formas previas a la codelincuencia* en el hecho consumado.[20] Así la conspiración constituye una forma previa a la coautoría, o «coautoría anticipada», y la proposición puede verse como una tentativa de inducción. La consecuencia es que todas estas figuras se hallan sometidas a los principios que rigen la codelincuencia —como el de *accesoriedad limitada* de la participación y el de *imputación recíproca* de los actos de los coautores (ver Lecciones 14 y 15)— respecto al hecho futuro a que se refieren.[21]

32 Conspiración, proposición y provocación son en sí mismos «delitos» distintos al hecho consumado a que se dirigen; mas, en cuanto son formas previas de codelincuencia, son sólo «delitos dependientes», «no autónomos», como los tipos de participación respecto del hecho del autor. Puesto que constituyen «delitos», caben en las figuras examinadas circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad, referidas al momento del acto preparatorio y no sólo al hecho proyectado. Pero como nos hallamos frente a «delitos no autónomos», no cabe en ellos la *participación* ni la punición de formas de *imperfecta realización*.[22]

2. *La conspiración*

33 Según el **art. 17, 1 CP**, «la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo». Dos concepciones de esta figura se proponen en la doctrina española. Un sector la concibe como **«coautoría anticipada»**, requiriendo que los conspiradores resuelvan ejecutar todos ellos el delito como coautores.[23] Otra opinión entiende, por

---

19. Cfr., a partir de la teoría de la motivación de la norma penal como medio de protección de la sociedad, Cuello Contreras, Conspiración, pp. 16 ss.; Antón Oneca, PG, p. 404 escribe: «La conspiración, la proposición y la provocación para delinquir tienen de común su finalidad captadora de voluntades». También Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 154. En el mismo sentido STS 21 mar. 86. Críticamente Farré, La tentativa, pp. 214 ss.

20. Así Jescheck, Tratado, p. 980; Mir Puig, ADPCP, 1973, pp. 363 s.; Córdoba Roda, Notas, II, p. 362.; Quintano Ripollés, Comentarios, p. 60.; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 151, 154, 168, 181; Cuello Contreras, Conspiración, p. 19.

21. De ahí que la accesoriedad limitada de la participación deba entenderse aquí como accesoriedad hipotética, referida al hipotético hecho futuro. Así la doc. dom. en Alemania: cfr. Jescheck, p. 981. En España, a favor respecto a la provocación Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 174 s. y 188 (en contra en cambio para la conspiración, exigiendo culpabilidad en todos los conspiradores: cfr. pp. 156 s.), y respecto a la conspiración Cuello Contreras, Conspiración, p. 59 (cita a favor la STS 19 abr. 65), aceptando mi tesis de que el «delito» al que se refiere la conspiración significa sólo «tipo de injusto».

22. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 374 s. de acuerdo, respecto a la «provocación», Del Rosal Blasco, La provocación, p. 163.

23. Cfr. así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 151 s.; Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 165 s., e Introducción, p. 107. En el mismo sentido respecto al § 30 StGB Jescheck, p. 984. Cfr. también

el contrario, que no es precisa en el conspirador la resolución de contribuir a la ejecución del delito como coautor, sino que basta que influyan decisivamente en la adopción de la resolución de que se ejecute un delito, aunque sea por parte de otro u otros.[24]

34 *Ejemplo:* Varios sujetos se reúnen y deciden encargar a uno de ellos la ejecución de un atentado terrorista. Según la primera concepción expuesta no hay conspiración, según la segunda sí.

35 La primera interpretación es la única que se ajusta a la letra de la ley, que no se contenta con la resolución de que *se* ejecute un delito, sino que se requiere que sean los conspiradores quienes resuelvan *ejecutarlo*.

36 Las **consecuencias** fundamentales de la esencia de la conspiración como «coautoría anticipada» son: a) sólo pueden ser sujetos de la conspiración quienes reúnan las condiciones necesarias para ser autores del delito proyectado; b) la resolución de ejecutar el hecho debe constituir una decisión *firme* de ser coautor de un delito *concreto* —sin el cual no podría determinarse la pena inferior en uno o dos grados señalada por la ley a la conspiración.[25]

3. *Proposición, provocación y apología*

37 El **art. 17, 2 CP** define como sigue la **proposición**: «La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él». La **provocación** se configura por el **art. 18 CP** en los términos siguientes: «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de cualquier delito».

38 Se trata de dos figuras próximas cuyos contornos no se hallaban suficientemente diferenciados en el CP anterior, que definía en términos muy amplios la provocación. Tres criterios se propusieron para distinguirlas. Por una parte, se mantenía que mientras la proposición requería que el proponente estuviera resuelto a ejecutar materialmente y se limitara a

---

SSTS 1579/1999 de 10 mar. 2000, 1129/2002 de 18 jun., 1581/2000 de 18 oct., 1994/2002 de 29 nov., 440/2006 de 7 abr., 556/2006 de 31 mayo, 872/2006 de 11 set., 77/2007 de 7 febr. y 321/2007 de 20 abr. Incorrecta la STS 15 dic. 77 que admite conspiración en un caso de concierto para complicidad. Cfr. también SSTS 16 dic. 98, 13 nov. 98.

24. Cfr. en este sentido Cuello Contreras, Conspiración, pp. 39 ss. y 125 ss., concibiendo la conspiración como «inducción mutua» y no como «coautoría anticipada»: pp. 151 ss., 161. También en esta línea Quintano, Comentarios (2ª ed.), p. 58; Cobo/Vives, PG, p. 649-650; STS 7 mayo 75.

25. Cfr. sobre estas consecuencias Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 152 ss.; Ferrer Sama, Comentarios, I, p. 82.

invitar a otro a tomar parte con él en la ejecución, la provocación suponía que el provocador no deseaba intervenir en la ejecución.[26] Por otra parte, se apelaba al sentido histórico del concepto de provocación, que en 1870 y 1932 se refería únicamente a la incitación mediante la imprenta, el grabado u otro medio de publicación, para proponer la siguiente diferenciación: la provocación debe dirigirse a una masa indeterminada de sujetos, «arrojándose la idea como semilla a voleo sobre la multitud», mientras que la proposición, habrá de referirse a un sujeto o sujetos determinados, y constituirá inducción no seguida de la ejecución del delito.[27] Por último, un sector doctrinal intentó la diferenciación en base al distinto significado de los verbos «invitar» e «incitar» empleados respectivamente para la proposición y la provocación, considerándose en parte que el segundo verbo requiere mayor intensidad.[28]

39 Me incliné ya antes de 1995 por combinar los puntos de vista de la segunda y tercera teorías. El origen histórico del concepto de provocación es inequívoco y su ampliación en el CP anterior se explicaba suficientemente por la voluntad de abarcar a todo medio de provocación general que pudiera tener una eficacia comparable a la que tiene lugar por los medios expresamente enumerados (así la radio y ahora la televisión).[29] En el texto legal resultante era evidente, además, que, mientras la proposición se refería a una o varias personas determinadas, no se requería para la provocación relación personal alguna.[30] Esta interpretación ha resultado confirmada por la actual definición legal de provocación, que vuelve a referirla expresamente a la utilización de imprenta, radiodifusión o medio semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas. Este carácter general de la provocación explicaría que la ley requiera en ella mayor intensidad («incitar» a través de determinados medios) que en la proposición, lo que podría interpretarse como voluntad de compensar la mayor distancia entre el provocador y el destinatario.[31]

40 Por otra parte, la proposición no requiere, como entiende la primera teoría expuesta, que el proponente se halle resuelto a «ejecutar» el hecho, sino sólo a «cometer» un delito. Del art. 49 del anterior CP se desprendía que «cometen» el delito todos los «autores» con arreglo a la terminología legal, esto es: tanto quienes ejecutan el hecho como los inductores y los cooperadores necesarios.[32] Aunque aquel precepto ha desaparecido, es evidente que en el actual CP hay que distinguir también entre los «autores» del delito y quienes lo *realizan* o *ejecutan*: el art. 28 CP sigue considerando autores no sólo a quienes lo realizan o ejecutan, sino también a quienes inducen a otros a «ejecutarlo», además de a los que cooperan de forma necesaria en su ejecución. Puede entenderse que *cometer* el delito como autor significa algo más amplio que ejecutarlo. (Cfr. *infra*, Lec. 14, I, 1). Cabe, pues, concluir que la inducción no seguida de ejecución se contempla en la proposición.[33]

---

26. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 180; Rodríguez Devesa, PG, pp. 732 s., 766; Ferrer Sama, Comentarios, I, pp. 87 s.; Cobo/Vives, PG, p. 651; STS 21 mar. 86.

27. Así Antón Oneca, PG, pp. 405 s.

28. Cfr. Quintano Ripollés, Comentarios, p. 59; Luzón Domingo, Derecho penal del TS, II, p. 33; STS 16 nov. 87. En contra: STS 21 oct. 93.

29. Cfr. en este sentido Antón Oneca, PG, p. 405.

30. Lo reconoce el propio Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 182. Cfr. también Cuello Contreras, Conspiración, p. 153; Rodríguez Devesa, PG, p. 766; Cobo/Vives, PG, p. 651-653.

31. Destaca que en la provocación el peligro es más lejano que en la proposición, Cuello Contreras, Conspiración, p. 153.

32. Se manifiesta de acuerdo Del Rosal Blasco, La provocación, p. 175.

33. En cambio, es evidente que la proposición ha de pretender que su destinatario «ejecute», como verdadero autor, el delito determinado. No bastará —como señala la STS 5 feb. 93— proponer a alguien

41 La proposición puede cobijar, pues, ante todo la tentativa de inducción. Se evita así una importante laguna legal, pues de otro modo aquélla debería quedar impune, pese a constituir el acto preparatorio más indudablemente punible (el único aceptado por el Proyecto Alternativo alemán). En efecto, la tentativa de inducción no cabría tampoco en la provocación, y no sólo porque ésta debe entenderse como dirigida a destinatarios indeterminados, sino porque de lo contrario sería inexplicable: 1º) por qué cree necesario el legislador equiparar a la inducción la provocación seguida de perpetración del delito; 2º) por qué tal equiparación sólo es posible cuando se produce la «perpetración», término que debe entenderse como «consumación», y no cuando el provocado sólo ejecuta parcialmente el hecho —es sabido que según el art. 18, a) CP la inducción es punible tanto respecto del hecho consumado como del intentado.

42 El art. 18 incluye dentro de la provocación la **apología**: «Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito».

43 La LO 7/2000, de 22 de diciembre, tipificó en el art. 578 CP como delito específico «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión» de los delitos de terrorismo comprendidos en los artículos 571 a 577 CP, «o de quienes hayan participado en su ejecución». Estas conductas, como las de «descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares» se castigan con una pena independiente, de prisión de uno a dos años, y se prevén además de los actos preparatorios de conspiración, proposición *y provocación* que el art. 579 CP declara punibles respecto a los mismos delitos de terrorismo con la pena inferior en uno o dos grados. Las formas de enaltecimiento y justificación castigadas en el art. 578 no pueden verse, pues, como actos preparatorios constitutivos de provocación en el sentido del art. 18 CP, ni, por tanto, como especies de la apología que el párrafo segundo de este artículo considera punible sólo como forma de provocación. Si el enaltecimiento implica provocación a un determinado delito de terrorismo no será punible con la pena de prisión de uno a dos años prevista por el art. 578, sino con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito a que se incite, que puede ser mucho más grave (p. ej., si se provoca a cometer un atentado que cause la muerte de una persona, hecho castigado en el art. 572, 1º CP con la pena de prisión de veinte a treinta años, la pena imponible a la apología será de diez a veinte o de cinco a diez años). Desde luego, la finalidad de la ley al tipificar el enaltecimiento o justificación del art. 578 no fue *atenuar* la pena de estas conductas, sino, bien al contrario, regresar en parte a la punición de formas de apología distintas a la provocación a un delito, punición que había existido en el CP desde 1980 hasta 1995 pero que se había suprimido con la entrada en vigor del actual CP. La pena relativamente poco grave (y autónoma) del art. 578 se prevé para conductas no punibles como provocación según el art. 579 en relación con el art. 18. No exige, pues, la provocación a un delito, y por ello no depende de la pena que se señale a otro delito. Sucede aquí algo parecido a lo que ocurre con «la difusión (...) de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen» los delitos de genocidio del art. 607 CP. También estas conductas se castigan con una pena autónoma de uno a dos años (art. 607, 2), y con independencia de la punición de la provocación a uno de estos delitos con la pena inferior en uno o dos grados (art. 615 CP).[34]

---

que coopere en un delito. Una exposición detallada de las líneas doctrinales y jurisprudencia acerca de la intervención del proponente en el delito ejecutado puede verse en STS1994/2002 de 29 nov.

34. Tomo buena parte de estos argumentos de la tesina de doctorado de Mercedes Cucarella, La apología del terrorismo, Universidad. de Barcelona, pp. 20 a 32, que se opone de forma convincente a

III. La tentativa

1. *Generalidades*

44 Los actos preparatorios, y entre ellos la conspiración, la proposición y la provocación, presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado. En cuanto el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la **tentativa**.

45 Entre la tentativa y la consumación se distinguía tradicionalmente en España la **frustración**. La ejecución imperfecta tenía dos grados en el Derecho anterior: la tentativa y la frustración. La tentativa concurría cuando *se daba comienzo* a los actos de ejecución pero *no se realizaban todos* los necesarios para completarla. La frustración, en cambio, suponía la práctica de *todos* los actos de ejecución sin que, pese a ello, se alcanzase la consumación. La tentativa se distinguía, pues, por ser sólo un comienzo, una ejecución parcial del hecho proyectado. A ello añadía la ley un requisito negativo: que la ejecución *no* se interrumpiese por *desistimiento voluntario* del sujeto (art. 3 del anterior CP).

46 El CP actual ha prescindido de la **distinción tradicional entre tentativa y frustración.** Tanto el intento inacabado (la anterior «tentativa») como el acabado fallido (la anterior «frustración») se incluyen ahora en el concepto legal de tentativa**. Se extiende así el concepto de tentativa** (SSTS 1258/2000 de 13 jul., 1737/2000 de 15 nov., 1319/2001 de 31 jul., 359/2006 de 21 mar. y 798/2006 de 14 jul.) a todo el proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación sin consumación, siguiendo así el criterio dominante en Derecho comparado. Según el art. 16, 1 CP:

47 «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

48 El **tipo de la tentativa** consta de los siguientes elementos: *a)* en la parte *objetiva*, una ejecución parcial o total no seguida de consumación; b) en la parte *subjetiva*, la voluntad de consumación; c) la ausencia de desistimiento voluntario (cfr. STS 2227/2001 de 29 nov.). A continuación se examinarán los dos primeros aspectos. El desistimiento voluntario se estudiará al final de este Capítulo, tanto porque su problemática afecta a todas las figuras en él examinadas, como porque se discute si el desistimiento es un auténtico elemento negativo del tipo.

---

la interpretación más extendida en la doctrina según la cual las conductas de enaltecimiento o justificación del art. 578 requerirían verdadera provocación, y llama la atención sobre el hecho de que, en cambio, se admita pacíficamente que las conductas de justificación del genocidio se castiguen sin necesidad de que supongan provocación.

2. *La parte objetiva del tipo de la tentativa*

A) *El comienzo de ejecución*

49 El **comienzo de ejecución** necesario para la tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios (si los hay) de los actos ejecutivos. La distinción entre una u otra clase de actos se determina con diverso criterio por la doctrina, según las teorías.

50 a) La ***teoría puramente subjetiva***, defendida en el siglo XIX por von Buri, ya no se mantiene en la actualidad.[35] Según ella, lo decisivo para diferenciar los actos ejecutivos de los actos preparatorios es la *opinión del sujeto* acerca de su plan criminal. Serán actos ejecutivos aquellos que para el sujeto ya constituyen la fase decisiva de su plan. A favor de esta teoría cabría alegar que la realización del delito puede adoptar muchas modalidades ejecutivas a elección del sujeto, de modo que, para decidir cuándo empieza la ejecución hay que tener en cuenta el plan del autor. *Ejemplo:* Para saber cuándo da comienzo la ejecución del homicidio es preciso tener presente si el sujeto persigue matar con arma blanca, con una pistola o con veneno. Sin embargo, la adopción de un punto de vista puramente subjetivo resulta inadmisible, porque la determinación del momento a partir del cual sus actos son punibles no puede dejarse al autor, sino que corresponde a la ley. Así lo exige el *principio de legalidad*. Por otra parte, la teoría subjetiva es incompatible con el fundamento objetivo de la punición de la tentativa en nuestro Derecho.

51 Mayor número de partidarios han encontrado planteamientos subjetivistas menos radicales, como las teorías del «*dolus ex re*» y de la «univocidad o equivocidad», que consideran comenzada la tentativa con la práctica de aquellos actos que revelan suficientemente el propósito delictivo del autor. De todos modos, este criterio conduce a una ampliación excesiva del ámbito de la tentativa a costa de la preparación. Aunque ha sido el punto de vista predominante en la jurisprudencia tradicional del TS español, éste lo ha abandonado progresivamente (así, SSTS 9 nov. 73 y 7 mayo 75).[36]

52 b) La **teoría objetivo-formal,** aunque muy difundida en España,[37] se halla abandonada también en Alemania.[38] La tentativa comenzaría con el *inicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto*. Ejemplo: En el homicidio empezaría la ejecución con el comienzo de la acción de «matar», que es el verbo empleado por el tipo del art. 138 CP. La virtud fundamental de esta teoría sería, al contrario de lo que sucedía con la teoría puramente subjetiva, que respetaría al máximo el principio de legalidad. Pero sucede que remitir al comienzo de la acción típica para resolver cuándo comienza la ejecución típica encierra una tautología que no ofrece ningún criterio útil, pues precisamente se trata de decidir *cuándo da comienzo la acción típica*. Ejemplo: ¿cuándo empieza la acción de matar? ¿al sacar la pistola, al apuntar, al apretar el gatillo?

---

35. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 707; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 115.

36. Cfr. Farré Trepat, Tentativa, pp. 190 ss.

37. Cfr. a favor Antón Oneca, PG, p. 410; Jiménez de Asúa, Tratado, pp. 302 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 736; Cerezo Mir, Tentativa, p. 19; y numerosas SSTS, como las de 6 oct. 76 y 24 en. 80. En contra STS 1511/2003 de 17 nov.

38. Sobre esto cfr. Jescheck, Tratado, p. 707. Críticamente también en España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 113; Cobo/Vives, PG, pp. 642 ss.

53 En puridad, una aplicación estricta de la teoría podría conducir a sostener que en el homicidio, como en todo delito de acción *instantánea* (se «mata» sólo en el instante en que se produce la muerte), no cabe la tentativa, puesto que el verbo típico «matar» no puede realizarse parcialmente: se mata o no se mata. Pero, evidentemente, tal solución sería absurda.[39] Ello prueba que se impone una concepción de la ejecución que parta de un entendimiento de la acción típica en sentido amplio, más amplio que el de su estricta realización, que con frecuencia ya supone la consumación. Y para la determinación del comienzo de la acción típica en sentido amplio es preciso algún criterio que no se limite a remitir a la acción típica. Que ello es así lo delata la propia letra del art. 16 CP, en cuya definición de tentativa exige dar principio a la ejecución del delito «directamente por hechos exteriores». Esta expresión da por supuesto, *a sensu contrario*, que sería posible entender que la ejecución dé comienzo antes, no directamente, esto es, al prepararse, y hasta por actos interiores. De otro modo no sería necesario que la ley exigiese el carácter directo y la exterioridad de los actos de ejecución.[40]

54 c) La **teoría objetivo-material** parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel «campo previo» a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio. Un primer criterio de esta naturaleza lo ofreció la **fórmula de Frank** de la «concepción natural»: «son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como *parte suya*».[41] Pero esta formulación es excesivamente vaga y deja sin concretar cuándo se da la requerida unión. La doctrina alemana se ha ocupado de una tal concreción, y ha llegado a las siguientes conclusiones:

55 a') En la determinación de cuándo empieza el «campo previo» en el que ya da comienzo la ejecución debe tomarse en consideración el **plan del autor**, pero valorándolo desde un prisma *objetivo* (**punto de vista objetivo-subjetivo**).[42]

56 *Ejemplo:* Para saber cuándo empieza el homicidio es preciso saber de qué forma pensaba matar el autor; ante unos mismos hechos objetivos ello puede conducir a conclusiones distintas: así, quien tiende una trampa en el bosque para atrapar a su enemigo puede pretender su muerte bien dejándole que perezca en ella por inanición, bien disparando sobre él una vez cogido en la trampa; pero si ello depende del plan del autor, la valoración de cuándo debe entenderse empezada la ejecución en uno y otro caso debe efectuarse objetivamente. Así se corrigen los defectos de la teoría puramente subjetiva.

57 b') Como **criterios objetivos de valoración** del plan del autor se manejan dos: la **puesta en peligro inmediata** y la **inmediatez temporal**. El primer criterio afirma

39. Cfr. Cobo/Vives, PG, p. 643; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 113.
40. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1974, p. 464.
41. Cfr. Frank, StGB § 43, II, 2b. A favor en nuestro país de este punto de partida: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 117; Cobo/Vives, PG, pp. 654-655. Cfr. STS 12 julio 1995.
42. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, p. 707. En España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 116 s.; Cobo/Vives, PG, pp. 644 s. Ver SSTS 1866/2000 de 5 dic., 630/2004 de 18 mayo y 359/2006 de 21 mar.

el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico;[43] el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica, si el tipo describe una sola conducta (como en el hurto la de tomar la cosa o en el homicidio la de matar), o, en los tipos que describen varios actos (como el de robo con fuerza en las cosas, que requiere alguna de las modalidades de fuerza requerida por la ley y además apoderarse de la cosa), cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a uno de los descritos en el tipo. Este segundo criterio ofrece la ventaja de su mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata. Ello ha determinado al legislador alemán a adoptar expresamente la fórmula del «comienzo inmediato» de Welzel[44] en la definición legal de tentativa del § 22 StGB 1975, según la cual la tentativa concurre cuando el autor, «según su representación del hecho, *da principio directamente* (o *inmediatamente*) a la ejecución del tipo». El criterio de la puesta en peligro inmediata se utiliza como complementario para casos dudosos (así, para la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata, en la tentativa acabada y en la *actio libera in causa*).[45]

58 Este planteamiento es también el más adecuado para resolver el problema del comienzo de la tentativa en **nuestro Derecho**. El art. 16, 1 CP contiene una definición muy próxima a la alemana: «Hay tentativa cuando el culpable *da principio* a la ejecución del delito *directamente* por hechos exteriores». La diferencia es que no expresa la necesidad de tomar en consideración el plan del autor, pero tal necesidad me parece evidente. El adverbio «directamente» puede interpretarse como exigencia de conexión directa, al estilo de Frank, entre el acto de que se trate y la realización típica, de suerte que aquél aparezca como parte de ésta.[46] Y tal exigencia de conexión directa puede precisarse en el sentido de la teoría de la inmediatez temporal, como necesidad de que *no falte ninguna fase intermedia* (STS 2227/2001 de 29 nov.) entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica (cuando ésta se ejecute con un solo acto) o de alguno de los actos que la integran (cuando la conducta típica suponga varios actos). Para decidirlo entiendo que es preciso contemplar la acción en sus distintos *momentos dotados de unidad de significado* (p. ej: seguir a la víctima, preparar el arma, apuntar, disparar) puesto que desde el solo punto de vista naturalístico no existe solución de continuidad en el desarrollo de un hecho. Por otra parte, cada uno de estos momentos podrá pertenecer a la fase de preparación, de tentativa o de consumación, según el lugar que ocupen en el *plan de ejecución del autor.*

---

43. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 114, 117; STS 8 febr. 80.
44. Cfr. Welzel, Lb, p. 190 (=trad. p. 263).
45. Cfr. Roxin, JuS 1973, pp. 329 ss.; Jescheck, pp. 709 s.; Farré, Comienzo de la tentativa, passim.
46. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 117. También Ferrer Sama, Comentarios, I, p. 56.; Jiménez de Asúa, Tratado, VII, p. 552.

59 *Ejemplos:* En un delito de dos actos como el robo con violencia o intimidación, la tentativa empezará ya en la fase inmediatamente anterior a ejercer la violencia o la intimidación: así, cuando el ladrón llega hasta la víctima con ánimo de amenazarle con un cuchillo que ya tiene en la mano, y sin necesidad de esperar a que tome el dinero. Sin embargo, aunque el tipo describa una sola conducta, como la de matar en el delito de homicidio, el plan del autor puede requerir distintos actos para la realización completa de tal conducta. *Ejemplo:* El autor tiene planeado matar a su víctima a golpes, para hacer mayor su sufrimiento; la acción de matar requiere aquí varios actos, los distintos golpes que sean necesarios, de modo que ya el primer golpe inicia la estricta realización de la conducta homicida; por ello, la fase inmediatamente anterior en que empieza la tentativa será la que precede al primer golpe, y no habrá que esperar a que el autor vaya a asestar el último golpe que acaba por matar. No basta, pues, tener en cuenta cuáles son el último y el penúltimo movimiento muscular. En el supuesto más arriba propuesto del que tiende una trampa a su enemigo para disparar sobre él una vez en ella, la tentativa empezará cuando el autor inicia la acción de disparar, ya que ésta constituye la fase de conducta (dotada de unidad de significado) inmediatamente anterior a la producción de la muerte. No es preciso, en cambio, esperar al movimiento muscular de apretar el gatillo si el mismo forma parte de una global acción de disparar que se decide practicar sin interrupción desde que se coloca el arma en posición de tiro.

B) *Ejecución parcial o total*

60 El actual CP ha abandonado, como dijimos, la distinción entre tentativa y frustración, como intento inacabado y acabado fallido respectivamente, pero sigue teniendo en cuenta «el grado de ejecución alcanzado» como criterio que debe guiar al Juez a la hora de decidir si impone la pena inferior en *un* grado o en *dos* grados a la señalada para el delito consumado, y para determinar la extensión en que impone una u otra pena (art. 62 CP). Continúa siendo importante, pues, decidir cuándo la tentativa supone una **ejecución completa** de los actos ejecutivos —no seguida del resultado de consumación—, o sólo una **ejecución parcial** de los mismos.[47]

47. Según la STS 764/2014, 19 de nov., el Código penal de 1995 parte de la consideración de que sólo existen dos modalidades de ejecución: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones, pero a la hora de la penalidad diferencia entre la reducción de la pena en uno o dos grados, atendiendo al peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado, por lo que viene a reconocer que no todas las tentativas son iguales. Por ello la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida como tentativa en nuestro ordenamiento penal. Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada, según recuerdan las SSTS. 817/2007, 15 de oct., 703/2013, 8 de oct. y 332/14, 24 de ab., se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia de una tentativa acabada; y otra, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas

61 Esta distinción no tiene que coincidir necesariamente con la que maneja la doctrina alemana de **«tentativa acabada»** y **«tentativa inacabada»**. Esta otra distinción se efectúa en orden al **desistimiento voluntario del sujeto**, y, depende por ello, sólo de que el sujeto haya terminado o no su aportación. En efecto, para decidir si el desistimiento voluntario que excluye la tentativa ha de consistir en no proseguir la ejecución o en hacer algo positivo (desistimiento activo), es importante distinguir entre aquella parte de ejecución que corresponde al sujeto y la que queda en manos de otras personas. Cuando el sujeto no ha terminado su parte la doctrina alemana habla de **tentativa inacabada**, mientras que para los casos en que el sujeto ha terminado *su parte* usa la expresión **tentativa acabada**. En ésta, el desistimiento habrá de ser activo para que sea eficaz (*vid. infra*, nº 106).

62 Para la determinación del grado de ejecución alcanzado y, en particular, para decidir si la ejecución es total o sólo parcial, cabe adoptar un **punto de vista objetivo o subjetivo**. Ello se plantea en dos sentidos distintos. Por una parte, en el sentido de si son actos ejecutivos sólo los que corresponden *al sujeto*, o si por el contrario una ejecución completa precisa la concurrencia de todos los actos *objetivamente* necesarios para la producción del delito, con independencia de quién deba realizarlos. Por otra parte, importa averiguar si es la opinión del sujeto o un punto de vista objetivo el que debe servir para decidir cuándo la ejecución llega a su fin.

63 *a)* La primera cuestión planteada se suscita cuando la realización del hecho supone no sólo la actuación del sujeto, sino también la de otra u otras personas utilizadas como instrumentos. Piénsese en el ejemplo siguiente: alguien trata de envenenar a otro echando veneno en el café que ha de servir un criado y debe tomarse la víctima. Si el criado no sirve el café, o si la víctima no se lo bebe, el delito quedará sólo *intentado*, pero ¿habrá que considerar completa o

---

ajenas a la voluntad del culpable, es cuando estamos en presencia de la tentativa acabada. La doctrina jurisprudencial sigue una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para tipificar la conducta realizada, distinguiéndola de otros tipos delictivos y para conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito. Como recuerda la STS 332/2014, 24 de ab., aunque en la doctrina y parcialmente en la jurisprudencia, se manejan generalmente estos conceptos de tentativa acabada e inacabada, lo cierto es que la redacción del art. 62 del Código Penal no solo tiene en cuenta para la determinación de la pena legalmente procedente "el grado de ejecución alcanzado", sino también el "peligro inherente al intento", peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta. La doctrina y la jurisprudencia han destacado que en realidad el fundamento esencial de la determinación de la pena radica en el peligro generado por la conducta, pues ordinariamente cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también. Por tanto —concluyen las SSTS 703/2013, 8 de oct., y 332/14, 24 de ab.—, debe quedar claro que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento. Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado.

incompleta la ejecución del hecho? ¿Será menos completa si el café no llega a servirse, que si es la víctima la que no se lo toma? Todo depende de si los actos del criado y de la víctima se consideran parte de la ejecución o si ésta se limita a la actuación del sujeto que intenta el envenenamiento.

Esta cuestión deberá plantearse de nuevo cuando estudiemos la figura de la **autoría mediata**, que concurre precisamente cuando el delito se realiza a través de otra u otras personas como instrumentos (ver Lec. 14, II 3). Entonces se aportarán argumentos a favor de considerar que la ejecución del hecho utilizando a otras personas como instrumentos empieza ya en el momento en que actúa el sujeto que utiliza a los otros: en nuestro ejemplo, en el momento en que el sujeto vierte el veneno en el café. **64**

Ahora cabe afirmar que tanto la actuación del sujeto de la tentativa como la de sus instrumentos deben influir en la gravedad de la tentativa. Ciertamente, sólo la actuación del sujeto del intento puede afectar al *desvalor de acción* de la tentativa, pero los actos de los instrumentos condicionan la eficacia de ésta y, por tanto, su *desvalor de resultado.* **65**

El grado de eficacia de la tentativa depende no sólo de si conduce o no a la consumación, sino también de si consigue que se produzcan los eslabones intermedios previstos, entre los cuales cuenta la actuación de los instrumentos humanos (como de los no humanos). Del mismo modo que la falta de consumación aminora el desvalor del resultado del hecho aunque no afecte a la conducta del autor, la falta de actuación de un instrumento (o su fracaso) también hace disminuir el grado de consecución del plan previsto. El intento *resulta* menos exitoso si ni siquiera consigue que actúe el instrumento. Pues bien, cuando la ley alude al «grado de ejecución alcanzado» como criterio para graduar la pena que merece la tentativa (art. 62 CP), puede entenderse que lo hace en la medida en que dicho grado de ejecución afecte a la gravedad de la tentativa. Como hemos visto, esta gravedad depende tanto de la actuación del sujeto (desvalor de acción) como de su eficacia posterior (desvalor de resultado). **66**

A los efectos de decidir el mayor o menor «grado de ejecución alcanzado» cabe, pues, tener en cuenta tanto los actos realizados por el sujeto de la tentativa como los que correspondan a otras personas utilizadas como instrumentos (**concepto objetivo, no personal, de ejecución**). **67**

Las definiciones legales de tentativa y frustración del CP anterior conducían a la solución contraria (ver edición anterior). La definición actual de tentativa es distinta, e incluso contiene un término que abona la solución que ahora propongo: se refiere a «todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado». **68**

b) Distinta es la cuestión del **punto de vista, objetivo o subjetivo**, que debe decidir el momento en que han de estimarse realizados todos los actos de ejecución, cuestión independiente de la respuesta que reciba la que acabamos de examinar: tanto si se cree suficiente para la completa ejecución que el autor realice todo lo que estaba de su parte, como si se exigen todos los actos objetivamente necesarios para la consumación, puede adoptarse un punto de vista objetivo o subjetivo para decidir cuándo se acaba la parte de realización que corresponde al sujeto o **69**

cuándo se alcanza la total ejecución, respectivamente.[48] Pues bien, a tal efecto debe utilizarse un criterio coherente con el fundamento de la punición de las formas de imperfecta ejecución y con el que éste impone también en orden a la distinción de actos preparatorios y ejecutivos. Según la fundamentación que más arriba he propuesto, debe acogerse un punto de vista *objetivo*, el del espectador imparcial, pero a la vista del *plan del autor*: ¿cuándo estimaría realizados todos los actos de ejecución el espectador imparcial habida cuenta del plan que sigue el autor?[49]

70 En el *ejemplo* más arriba propuesto del que atrae a otro a una trampa en el bosque, los actos ejecutivos habrán acabado —con independencia de quién deba realizarlos y de cuándo termine la intervención del autor— en cuanto el sujeto cae en la trampa si el plan de homicidio es dejarlo morir de hambre, pero la ejecución ni siquiera habrá empezado si lo que se pretende es matar al atrapado disparando sobre él una vez apresado.

71 Especialmente problemática resulta la delimitación entre ejecución completa e incompleta cuando, ante el fracaso de un primer intento de consumar el delito, o para asegurarlo, el autor realiza otro u otros intentos de la misma clase (dispara un segundo disparo, u otros más) o distintos (primero golpea a la víctima en la cabeza con ánimo homicida y luego la arroja a un río para que se ahogue). La cuestión adquiere especial relevancia cuando después de alguno de tales intentos y siendo aún posibles otros (podían aún efectuarse otros disparos), el autor desiste de seguir intentando la consumación:[50] ¿estamos frente a una tentativa inacabada desistida, impune, o frente a una tentativa acabada de la que ya no se puede desistir?

3. *La parte subjetiva del tipo de la tentativa*

72 Subjetivamente la tentativa requiere que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza con ánimo de consumar el hecho o, al menos, aceptando (con seguridad o con probabilidad) que pueden dar lugar a la consumación. *Ejemplo:* No basta querer apuntar si no se hace con ánimo de disparar para matar o aceptando que se puede matar, sino sólo por practicar la puntería.[51]

73 La doctrina habla, en este sentido, de la necesidad de la **«resolución de consumar el delito»**.[52] Se desprende de ello la imposibilidad de una tentativa por imprudencia relativa al

48. Mezcla, sin embargo, ambas cuestiones Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 87 s.

49. En contra Cobo/Vives, PG, p. 645, alegando el carácter objetivo con que conciben la antijuridicidad —pero tras haber admitido tomar en cuenta el plan del autor para determinar el comienzo de la tentativa, sin que se advierta la razón de la diferencia de criterios.

50. Vid. Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 107 ss.; Farré, La tentativa, pp. 263 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 481 ss.

51. Cfr. otros ejemplos en Cerezo Mir, Problemas, p. 28.

52. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 124; Cobo/Vives, PG, pp. 655 s. Sobre la cuestión de si cabe el (aquí mal llamado) dolo eventual en la tentativa, cfr. STS 23 nov. 81; Farré, ADPCP 1986, pp. 263 ss., y La tentativa, pp. 77 ss. Cuestión distinta es si cabe la voluntad condicionada de realizar la acción ejecutiva.: cfr. Farré, La tentativa, pp. 95 ss.

tipo del delito.[53] Subsiste, en cambio, la posibilidad de tentativa con la suposición imprudente de que concurran los presupuestos de una causa de justificación, o con el desconocimiento imprudente de la prohibición.

Ejemplo: El sujeto intenta defenderse de quien él cree por error que le agrede ilegítimamente (tentativa en legítima defensa putativa por imprudencia). **74**

Nadie discute la necesidad de la resolución de consumar el delito para la presencia del tipo de injusto de la tentativa. También el causalismo ha tenido que reconocerlo, considerando a aquella resolución como un elemento subjetivo del tipo de la tentativa, pues sin tal intención la conducta externa carece incluso del significado objetivo de tentativa contraria a Derecho. En ello se basa el famoso argumento de Welzel: si la voluntad de consumación pertenece sin duda al *tipo de injusto* de la tentativa, no podrá dejar de pertenecer al tipo por el hecho de que se alcance la consumación, pues ¿cómo explicar que el dolo pase o no del tipo a la culpabilidad por el hecho de que la bala dé o no en el blanco?[54] **75**

La necesidad de la resolución de consumar el delito se interpreta a veces en el sentido de que la tentativa no se distingue del delito consumado en su tipo subjetivo, sino sólo en su tipo objetivo.[55] Ello se confirmaría por el hecho de que *también deben concurrir en la tentativa los elementos subjetivos del tipo* propios del delito consumado. Esto último es cierto. Debe matizarse, en cambio, la afirmación de que la tentativa posee el mismo tipo subjetivo que el delito consumado. **En la tentativa inacabada** la voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución. Ello permitiría fundamentar *objetivo-subjetivamente* una menor punición para la tentativa inacabada que para la tentativa acabada. También pone de manifiesto el sentido en que la voluntad debe integrar, como dolo, el objeto de la prohibición jurídico-penal: no en cuanto expresión de una actitud interna, sino como efectivo impulso voluntario de la conducta externa.[56] Sólo el impulso voluntario de la parte de ejecución alcanzada constituye *el dolo* de la tentativa inacabada, distinto al dolo del delito consumado. El tipo subjetivo de la tentativa inacabada debe distinguirse del de la consumación por un dolo distinto, que sólo alcanza a la parte de ejecución conseguida, y por un *elemento subjetivo del injusto* adicional que exige la *intención de completar* la ejecución. **76**

En cambio, el tipo subjetivo de la **tentativa acabada** ha de ser el mismo del delito consumado. Puesto que la tentativa acabada requiere la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación, la voluntad de ejecutar tales actos efectivamente manifestada puede y debe equivaler a la voluntad de consumación.[57] Si el dolo supone la voluntad y conocimiento **77**

53. Cfr. sobre esta cuestión Farré, ADPCP 1986, pp. 257 ss.
54. Cfr. Welzel, Lb, pp. 60 s. (=trad., pp. 90 s.).
55. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 81. STS 2227/2001 de 29 nov.
56. Cfr. sobre esto Mir Puig, ADPCP 1988, pp. 664 s.
57. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 95; SSTS 22 abr. 88, 17 en. 89. Cfr. también supra, III, 3.

de la realización de la conducta descrita en el tipo a conciencia de su peligrosidad específica de injusto, la tentativa acabada requiere el mismo dolo que el delito consumado, porque exige la voluntad y conocimiento de la realización de la misma conducta.

78 Recuérdese que en esta obra se considera que el objeto del dolo es la *conducta* y no el *resultado*, por lo que también en el delito consumado se considera suficiente para el dolo el querer la realización de la conducta que puede producirlo a conciencia de su concreta capacidad lesiva (Lec. 10, II 1 C c 3º).

4. *Tentativa acabada, consumación y terminación (o agotamiento) del delito*

79 La tentativa acabada deja paso a la **consumación** en cuanto se realizan todos los elementos del tipo positivo del delito previsto en la Parte Especial. No es precisa la concurrencia de las demás notas del delito (no es necesaria la ausencia de causas de justificación, o de exclusión de la imputación personal.). Por otra parte, la consumación no precisa la **terminación** o **agotamiento** material de la lesión del bien jurídico protegido. La distinción reviste especial importancia en los tipos de peligro, de resultado cortado o mutilado de dos actos, en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar (la lesión, el resultado o un segundo acto, respectivamente). En todos estos casos, la consumación se produce ya con la realización formal de los elementos del tipo, antes por consiguiente que el eventual agotamiento material del hecho. La consumación es, pues, un concepto *formal*: equivale a la realización formal de un tipo.[58]

80 *Ejemplo:* En el delito de hurto, cuyo tipo requiere un apoderamiento con ánimo de lucro, la consumación se alcanza con el apoderamiento de la cosa, y con independencia de que a continuación logre o no el autor lucrase efectivamente con ella.

IV. El delito imposible (tentativa inidónea)

81 1. Hay «delito imposible» (o «tentativa inidónea») cuando por inidoneidad del *objeto*, de los *medios* o del *sujeto*, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado.[59] Aunque *ex post* toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumar el delito, pueden distinguirse

58. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, pp. 705 s. Sobre el tema, en especial sobre las consecuencias que la doctrina alemana atribuye a la terminación del delito, ver además las obras de Isenbeck y Kühl, cit. en la bibliografía.

59. Cfr. Jescheck, p. 725; STS 10 mar. 93. Sobre la evolución histórica del concepto de tentativa inidónea cfr. Farré, La tentativa, pp. 277 ss. Una corriente doctrinal sostiene que en caso de inidoneidad del sujeto activo no concurre tentativa inidónea, sino delito putativo: en España cfr., en este sentido, Celia Sáinz de Robles, Libro-Homenaje a Beristain, pp. 626 ss., 631 ss.

entonces *(ex post)*, una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que *en un principio* eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquéllas otras que aparecen como incapaces de lesión *desde un primer momento*. Sólo éstas constituyen tentativa inidónea.[60]

Ejemplo: El sujeto vierte una cantidad insuficiente de veneno en la bebida de la víctima. **82**

2. La doctrina española se halla dividida en torno al **fundamento de la punición** del delito imposible (vid. STS 2122/2002 de 20 en. 2003 que expone las diferentes líneas jurisprudenciales acerca del fundamento de punición de la tentativa inidónea). Se defienden puntos de vista subjetivos,[61] objetivos[62] y subjetivo-objetivos[63] (*vid. supra*, I 3). Personalmente me he inclinado por una perspectiva *objetiva*, que creo necesaria en el Derecho penal preventivo que impone un Estado social y democrático de Derecho. Un tal Derecho debe penar comportamientos que *ex ante*, al realizarse, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos. La tentativa inidónea es peligrosa *ex ante* en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera *parecido* capaz de consumar el delito.[64] La apariencia de idoneidad *ex ante* implica, por **83**

60. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 69 s., nota 93. En el mismo sentido STS 16 febr. 89. Lo dicho no impide que *ex ante* la tentativa inidónea pudiera parecer peligrosa: es entonces precisamente cuando es injusta y punible (cfr. infra 3). Pero esta peligrosidad *ex ante* no autoriza a considerar *idónea* la tentativa que (como se comprueba *ex post*) era incapaz desde un principio de producir el delito, como sucede en el caso de *falta de objeto*, uno de los supuestos más clásicos y evidentes de inidoneidad, aunque *ex ante* pudiera no apreciarse esta inidoneidad. Sin embargo, Cerezo, PG, II, pp. 108 ss., 146 s., seguido por Gracia Martín, AP 1994, pp. 351 ss., consideran idónea toda tentativa peligrosa *ex ante,* incluyendo en particular el caso de falta de objeto. En esta última dirección, vid. SAP Madrid, 23ª, 15/2012, 3 de feb.: "El art. 16 del Código Penal 1.995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Es decir que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común. Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva. 1º) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); 2º) los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; 3º) y los supuestos de delitos imposibles "stricto sensu" por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta".

61. Cfr. Cuellon Calón, PG p. 648; Cerezo Mir, Tentativa, p. 31; Suárez Montes, ADPCP 1966, p. 227.

62. Cfr. Antón Oneca, PG p. 417; Núñez Barbero, Delito imposible, pp. 158 ss.

63. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios II, pp. 224 s.; STS 10 mar. 93.

64. Cfr. Mir Puig, Función, p. 69, y Adiciones, pp. 719 s. Más ampliamente Mir Puig, CDJ 1999, pp. 17 ss., y RJCat 2001, pp. 698 ss. De acuerdo Alcácer, Tentativa inidónea, pp. 466 ss., 473 s.

otra parte, la realidad de la *peligrosidad estadística* del hecho. Se trata de un *peligro abstracto*, a diferencia del *peligro concreto* que concurre en la tentativa idónea.[65] Como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta la «peligrosidad típica» de la conducta. De ahí que, como en la conducción bajo la influencia del alcohol, no sea necesaria la presencia de la víctima (tentativa inidónea por falta de objeto).

84 *Ejemplo:* Disparar sobre la cama en la que la víctima parece dormir, pero que en realidad sólo contiene un bulto que simula su figura, es una conducta peligrosa *ex ante* como la de conducir en estado de alcoholemia sin llegar a encontrar a ninguna persona, aunque en ninguno de ambos casos se halle presente una posible víctima.

85 Esta fundamentación permite incluir la tentativa inidónea en la definición de tentativa del actual CP, aunque éste requiera actos de ejecución que *objetivamente* deberían producir el resultado: la objetividad que puede exigirse para los actos ejecutivos sólo puede entenderse en el sentido de *intersubjetividad* que supone el criterio del hombre medio situado *ex ante*.[66] No puede llegarse a exigir una objetiva y concreta aptitud *ex post*, porque la tentativa se castiga precisamente en la medida en que no ha producido la consumación y *ex post* se ha demostrado, por tanto, en alguna medida insuficiente.

86 3. Cuando la inidoneidad de la tentativa alcanza un grado tal que para cualquier espectador objetivo, colocado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance la consumación, se habla de **tentativa irreal**.[67]

87 *Ejemplos:* el sujeto pretende envenenar a otro con azúcar o causar la muerte de su enemigo clavándole agujas en una imagen de éste (variedad de la **«tentativa supersticiosa»**).

88 La doctrina dominante *rechaza la punición de la tentativa irreal*. El CP actual excluye la punibilidad de esta figura al exigir en la definición de tentativa que el sujeto practique «todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado». Esta objetividad exige que para el hombre medio (y no sólo para el sujeto) el intento aparezca *ex ante* como estadísticamente capaz

65. Cfr. Mir Puig, RJCat 2001, pp. 712 ss. Vid. sobre las tentativas idóneas, inidóneas e irreales, Baldó, Estado de necesidad, pp. 113-119.

66. En este sentido, admitiendo la punibilidad de la tentativa inidónea peligrosa *ex ante*, la STS 21 junio 99, seguida por diversas sentencias de Audiencias provinciales, y las SSTS 992/2000 de 2 jun. 2000, 1866/2000 de 5 dic., 2227/2001 de 29 nov., 1243/2002 de 2 jul., 1326/2003 de 13 oct., 749/2004 de 7 jun. y 1409/2005 de 11 nov.

67. Cfr. Jescheck, p. 727; Rodríguez Mourullo, Comentarios II, p. 225.

de producir la consumación. Desde el planteamiento objetivo-preventivo aquí defendido, la razón de que no pueda castigarse la tentativa irreal es la siguiente: un Derecho penal que deba limitarse a prevenir los hechos externos socialmente nocivos (como es preciso en un Estado social y democrático de Derecho)[68], sólo puede conminar con pena la realización de conductas que en el momento de ser llevadas a cabo aparezcan como peligrosas para bienes jurídicos para el observador objetivo situado en el lugar del autor.

Ejemplos: Para un tal observador la acción de disparar con una pistola descargada podrá aparecer *ex ante* como peligrosa en la medida en que la pistola parezca cargada al autor, por lo que dicha acción constituirá una tentativa inidónea punible. Pero el mismo observador no considerará nunca peligrosa, ni siquiera *ex ante*, la «tentativa supersticiosa» ni el intento de envenenar con azúcar sabiendo que lo es.[69] **89**

4. Del delito imposible o tentativa inidónea debe distinguirse el **delito putativo**. Consiste en la realización de un hecho no penado por la ley creyendo su autor erróneamente que sí lo está. Supone un error no en un elemento del tipo (error de tipo al revés), como en la tentativa inidónea, sino en la *prohibición* penal del hecho (**error de prohibición al revés**): mientras que la tentativa inidónea requiere que sea típico lo que se quiere conseguir, aunque se intente de forma inadecuada, el delito putativo, en cambio, supone la creencia de que está prohibido penalmente lo que no lo está.[70] **90**

Ejemplo: El marido cree equivocadamente que con su adulterio comete un hecho penado por la ley. **91**

La doctrina es unánime en entender que **el delito putativo es impune**.[71] La razón es que la determinación de lo que es delito o no lo es corresponde a la ley, y no a la opinión del sujeto, que no puede convertir en punible un hecho que la ley no quiere castigar. **92**

68. Cfr. Mir Puig, Función, p. 69.

69. Apunta acertadamente a la «apariencia de delito de posible efectividad» como criterio delimitador de lo punible la STS 11 dic. 68.

70. Cfr. por todos Jescheck, pp. 729 s., y Farré, La tentativa, pp. 406 ss. Un concepto más amplio manejan Cobo/Vives, PG p. 656. La distinción entre delito putativo y tentativa inidónea es especialmente problemática en los casos de suposición errónea de elementos normativos del tipo. La simple inversión del error no basta entonces para resolver la cuestión: cfr. sobre esto Farré, La tentativa, pp. 421 ss.

71. En España cfr. Antón Oneca, PG p. 418; Rodríguez Mourullo, Comentarios II, pp. 226 s., siguiendo en sus puntos esenciales la exposición de Jescheck; Rodríguez Devesa, PG pp. 744 s.; Cobo/Vives, PG p. 656.

V. El desistimiento voluntario

93 1. El **art. 16, 1 CP** requiere para la presencia de tentativa que la falta de consumación tenga lugar «por causas independientes de la voluntad del autor». El nº 2 del mismo artículo añade: «Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito».[72]

94 El nº 3 del mismo artículo se refiere al desistimiento voluntario de algún interviniente en el delito en caso de codelincuencia. Recojo el texto de este precepto *infra*, 6.

95 2. En otros Derechos, como el alemán, el desistimiento voluntario no se prevé como elemento de la definición de tentativa, la cual no desaparece por el hecho de que se detenga voluntariamente, sino que únicamente deja de ser *punible*.[73] En el Derecho español, en cambio, el concepto legal de tentativa siempre ha requerido para su concurrencia la ausencia de desistimiento voluntario. De ahí que la doctrina española dominante haya considerado este desistimiento como **elemento negativo del tipo** de la tentativa, y no sólo causa de exclusión de la punibilidad como la doctrina alemana corriente.[74] La situación no varía en el CP 1995, aunque en él se ofrezca una regulación separada del desistimiento (arts. 16, 2 y 3),[75] pues la ausencia del mismo sigue requiriéndose en el concepto legal de tentativa (art. 16, 1 *in fine*).

96 3. La distinta configuración legal del desistimiento voluntario en nuestro Derecho va unida a una **fundamentación** de la exclusión de la pena por desistimiento diferente también que en Alemania. La doctrina germánica admite generalmente la llamada **«teoría del premio»**, según la cual el desistimiento voluntario se presenta como un «mérito» que pesa tanto como la tentativa subsistente y debe «premiarse» con el «perdón» o el «levantamiento» del castigo que de suyo reclamaría la tentativa no desaparecida.[76] En España, en cambio, se acogen generalmente **fundamentaciones de cuño político-criminal**, sea en el sentido de la «teoría político-criminal» que ve en la impunidad del desistimiento un «puente de plata» al enemigo que huye (Feuerbach),[77] o sea en línea de las

---

72. Ver SSTS 16 feb. 2000, 18 abr. 2000 y 22 sep. 2000.

73. Cfr. § 24 StGB, y Jescheck, pp. 736 ss.

74. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, II, p. 224 s.; SSTS 224/2005 de 24 febr. y 981/2006 de 17 oct. Por el contrario, el TS, en su Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002, considera que se trata de una excusa absolutoria. En este última sentido vid. STS 446/2002 de 1 mar.

75. Cree, en cambio, que la regulación separada del desistimiento, que procede del Proyecto 1980, permite atribuirle la naturaleza de causa personal de exclusión de la pena: Rodríguez Mourullo, en el libro La Reforma penal y penitenciaria, present. Fernández Albor, 1980, p. 32.

76. Así, por todos, Jescheck, Tratado, p. 737 s. Cfr. Muñoz Conde, desistimiento, pp. 26 s. En esta línea la obra de Bockelmann, NJW 1955, pp. 1417 ss. En España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 130 s. En esta línea SSTS 412/2002 de 20 mar. 2003 y 2126/2002 de 16 dic.

77. Así Cuello Calón, PG p. 649; Antón Oneca, PG p. 412.

teorías que fundan la impunidad en la desaparición de la necesidad de la pena en orden a la prevención.[78]

Si en nuestro Derecho el desistimiento *anula* la tentativa,[79] supondrá, en efecto, la desaparición de las razones político-criminales de la punición de la misma. El castigo de la tentativa no sólo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de pena a la vista del hecho resultante *ex post*. El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición de la conducta (también *ex ante*), pero sí pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena. Lo que resulta es, en efecto, un intento que se ha demostrado *(ex post)* incapaz de determinar la consumación por una insuficiente capacidad de realización del delito inherente al motor interno de la acción, esto es, a la voluntad del agente.[80] Ello no puede impedir que antes del desistimiento se hubiera producido un hecho antijurídico que no cabe ya *borrar*. Mas si se concibe —como aquí— el tipo como tipo de injusto *penal* (y no sólo como tipo de injusto), cabe entender que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa sin que niegue el injusto anterior, sino sólo su relevancia penal, por falta de necesidad de pena. **97**

4. Para que conduzca a la impunidad, **el desistimiento ha de ser voluntario**. Así se desprende del art. 16 CP, que en este punto coincide con el Derecho alemán. Dos grupos de teorías intentan precisar cuándo ha de entenderse voluntario el desistimiento. **98**

A) Las **teorías psicológicas**[81] parten de la fórmula de Frank: el desistimiento es voluntario si el sujeto *no quiere* alcanzar la consumación *aunque puede*, y es involuntario si *no quiere porque no puede*. El problema es que, según esto, en muchos casos el desistimiento debería considerarse voluntario cuando sin embargo no parece en absoluto suficiente para la impunidad. **99**

Ejemplos: El ladrón deja de tomar el dinero de la caja, aunque podría hacerlo, porque oye llegar a la Policía; el sujeto deja de disparar a la víctima al entrar la Policía, pese a que aún podría matar a aquélla. **100**

Para evitar la impunidad en casos como éstos, la Jurisprudencia alemana corrigió la fórmula de Frank exigiendo que el sujeto pudiera *racionalmente*, **101**

78. Así, sobre todo, Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 37 ss. También, entre otros criterios, Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 130.

79. Cuello Calón, PG p. 649 escribe, en este sentido, que el desistimiento hace impune al agente porque «anula su propia voluntad y su actividad criminal».

80. Ello aproxima a la «teoría de la unidad», según la cual hay que ver tentativa y desistimiento como una unidad: al final el conjunto no requiere pena: cfr. Roxin, Problemas, pp. 269 ss.; Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 40 s. Una fundamentación próxima a la del texto mantienen las SSTS 21 dic. 83 y 7 jun 85. He matizado la formulación expresada en las ediciones anteriores a la vista de las objeciones de Martínez Escamilla, Desistimiento, p. 49, nota 34.

81. Cfr. la exposición de Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 83 ss. Vid. también SSTS 20 abr. 87, 9 mar. 87.

según la experiencia, llegar a la consumación.[82] Pero la restricción no resulta ni suficientemente fundada ni adecuada para excluir la impunidad en muchos casos como los planteados. Por otra parte, se ha dicho que cuando ya no es posible realmente llegar a la consumación de la tentativa ha de considerarse fracasada, y de ella no cabe ya desistir, ni voluntaria ni involuntariamente.[83]

102 B) Ante la insuficiencia de éstos y otros intentos de la dogmática alemana, las **teorías valorativas** siguen en la actualidad un camino distinto. Según este punto de vista, la voluntariedad del desistimiento sólo será estimable si obedece a un motivo susceptible de una *valoración positiva*.[84] Algún autor propugna una **valoración ética** de los motivos del desistimiento,[85] pero la dirección más importante considera lícita sólo una **valoración jurídica** de los mismos.[86] En este último sentido cabe destacar la formulación de Roxin: ve el criterio de valoración del desistimiento en la «racionalidad del delincuente»; si el desistimiento responde a dicha racionalidad no tiene sentido para el Derecho admitir que determine la impunidad, mientras que sí lo tiene que sea eficaz el desistimiento contrario a la racionalidad del delincuente.

103 *Ejemplo:* La racionalidad del delincuente le aconseja desistir cuando ve que acude la Policía; en cambio, es contrario a aquella racionalidad desistir por miedo ante cualquier obstáculo nimio.[87]

104 En nuestro país, un sector doctrinal prefiere decidir la valoración jurídica del desistimiento en función de si elimina o no la necesidad de la pena en orden a sus fines de prevención general o especial. La necesidad de prevención general desaparecería sólo cuando el desistimiento eliminase el mal ejemplo para la colectividad, y la prevención especial únicamente cuando el desistimiento demostrase la vuelta del sujeto a la legalidad.[88]

105 Estas corrientes doctrinales (B) atienden mejor a las exigencias político-criminales que la sola interpretación psicológica de la voluntariedad (A). Sin embargo, aquéllas han de superar el obstáculo que representa la **letra de la ley**, que concede la impunidad a todo desistimiento voluntario, sin distinguir, y convierte en *contra reo* la restricción del ámbito propio del desistimiento relevante. Tal restricción deberá considerarse prohibida por el principio de legalidad si se

82. Cfr. sobre esto los trabajos de Dohna, ZStW 59 (1940), pp. 541 ss. y Bockelmann, NJW 1955, pp. 1417 ss.
83. Así Roxin, Problemas, pp. 250 s.
84. Acoge este planteamiento la STS 14 mayo 97.
85. Así Bockelmann, NJW 1955, p. 183.
86. Así Gutmann, op. cit., pp. 151 s.
87. Cfr. Roxin, Política criminal, pp. 71 s.; el mismo, Problemas, pp. 253 ss.
88. Así Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 100 ss.

entiende como una forma de ampliación *analógica* de lo punible (permitiendo castigar supuestos en que concurre desistimiento voluntario por analogía con los casos en que el desistimiento no es voluntario),[89] y sólo podrá admitirse si se fundamenta como resultado de una *interpretación* restrictiva de los términos legales «voluntariamente», «desistiendo de la ejecución» e «impidiendo la producción del resultado». Así, si por las razones político-criminales indicadas el desistimiento voluntario se entiende en el sentido estricto de desistimiento voluntario del *plan del sujeto:* quien deja de disparar a su víctima ante la irrupción de la policía, desiste de la consumación cuando ésta todavía era materialmente posible, pero si lo hace es porque ya *no puede* realizar su plan tal como lo había decidido (sin la presencia de la policía), por lo que no desiste voluntariamente de dicho plan —a diferencia de lo que ocurriría si su plan fuese disparar ante la policía (como en un caso de atentado terrorista)—. No sería desistimiento voluntario la decisión oportunista de abandonar la ejecución ante un cambio de circunstancias exteriores que hace que deje de «interesarle» según su plan.[90]

106 5. El desistimiento debe adoptar **formas distintas en la tentativa acabada** —cuando el sujeto haya terminado ya su intervención— **y en la inacabada** — cuando el sujeto no haya terminado todavía su intervención.[91] Mientras que en la tentativa inacabada basta con suspender la ejecución (en los delitos de comisión activa, basta con dejar de realizar los actos ejecutivos que faltan), en la tentativa acabada es preciso algo más: un **desistimiento activo** (incorrectamente: «arrepentimiento activo») consistente en hacer algo que impida que la ejecución ya completa produzca el resultado.

107 *Ejemplos:* Quien ha sacado el arma dispuesto a disparar basta que en el último momento deje de hacerlo para que concurra desistimiento; en cambio, quien ha dejado una bomba lista para explotar a determinada hora, no puede desistir con un mero no hacer, sino que debe desarticularla activamente para evitar la consumación.

89. Considera, por ello, incompatibles con el Derecho positivo las teorías valorativas y sólo cree admisible el punto de vista psicológico Martínez Escamilla, pp. 18 ss.

90. Un planteamiento de esta clase supone fundamentar político-criminalmente (según una *valoración jurídico-penal*) una restricción del concepto de desistimiento voluntario en la línea de Dohna, Schröder y Schmidhäuser (cfr. Muñoz Conde, Desistimiento, p. 85 (crític.): pero nótese que el fundamento ya no es psicológico, pues la razón de que se elija una determinada restricción de la voluntariedad no puede proceder del concepto mismo de voluntariedad, sino de una valoración superior. Adviértase, por otra parte, que la formulación sugerida en el texto supone una interpretación restrictiva no sólo de la *voluntariedad*, sino también del contenido mismo del *desistimiento*, que exige no sólo desistir de la consumación, sino también desistir *del plan del sujeto* (cosa que no ocurre cuando se abandona la ejecución porque la consumación mediante dicho plan del autor no es posible y requeriría un cambio de plan).

91. Cfr. p. ej.: Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 8 ss.; Rodríguez Mourullo, Comentarios I, p. 128; Cobo/Vives, PG pp. 658 s. Así también SSTS 1429/2000 de 22 set., 1573/2001 de 17 set., 446/2002 de 1 mar., 2126/2002 de 16 dic., 1642/2003 de 2 dic., 166/2004 de 16 febr., 1229/2005 de 19 oct., 413/2006 de 13 abr. y 617/2006 de 7 jun.

108 6. Una de las lagunas más evidentes de la Parte General del anterior CP era la falta de previsión del **desistimiento de los actos preparatorios punibles**. No obstante, tanto la doctrina, como el TS aceptaban la eficacia del desistimiento, a veces en ciertas condiciones. Mientras que algún autor y alguna STS consideraban suficiente la resolución contraria a la previamente adoptada,[92] el TS había requerido en otras Sentencias que el que desista lo comunique formalmente a los demás implicados (SS. 30 sept. 48 y 19 abr. 65) y que ello motive a éstos a no ejecutar el delito (S. 30 sept. 48). Una vía media era considerar necesario y suficiente que el que desiste haya convertido en ineficaz su contribución y se haya esforzado en impedir en la medida de lo posible la comisión del hecho proyectado.[93]

109 La admisión de la eficacia del desistimiento sólo podía admitirse por *analogía in bonam partem* respecto del desistimiento de la tentativa (STS 1570/2000 de 16 oct.), y para que la situación creada por el desistimiento en los actos preparatorios sea completamente análoga a la del desistimiento en la tentativa no basta con el puro cambio de opinión y el no proseguir con el proyecto criminal. Como la tentativa acabada, los actos preparatorios punibles crean una situación de peligro —la implicación de otras personas—[94] que se independiza del sujeto y que, si éste no hace nada positivo para impedirlo, puede desembocar en la producción del delito. Para que el desistimiento de los actos preparatorios punibles merezca la impunidad tendrá que ser *activo*, de manera que contrarreste el peligro creado: deberá suponer la *retirada completa de la aportación* al hecho. Pero ello no requerirá necesariamente impedir el delito, ni equivale a hacer todo lo posible por conseguirlo, que puede no ser suficiente o, al contrario, no ser necesario para aquella retirada.[95]

110 Este planteamiento ha sido acogido sólo en parte por el actual art. 16, 3 CP —que no se refiere expresamente a los actos preparatorios punibles, pero que resulta perfectamente aplicable a la conspiración, la proposición y la provocación, en la medida en que estas figuras suponen la intervención de varias personas en el hecho—. El citado precepto dice:

111 «Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito».

---

92. Cfr. Ferrer Sama, Comentarios, I, p. 85; STS 21 oct. 87.

93. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 168.

94. El mismo problema se plantea, por tanto, respecto al desistimiento de uno de los intervinientes en caso de codelincuencia. Sobre esto cfr. Farré Trepat, ADPCP 1992, pp. 722, 731; Martínez Escamilla, ADPCP 1993, pp. 514 ss., y Desistimiento, pp. 123 ss., en favor de considerar necesaria y suficiente la anulación de la contribución prestada.

95. En este sentido Martínez Escamilla, Desistimiento, pp. 157 ss.; Farré Trepat, ADPC 1992, pp. 728 ss.

Lección 14.
TIPOS DE AUTORÍA Y TIPOS DE PARTICIPACIÓN: CONCEPTO DE AUTOR Y AUTORÍA MEDIATA

Bibliografía

Abanto, Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber", en RP nº 14, 2004; *Alcácer*, Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, 2001; *Ambos*, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, RDPCr (3) 1999, pp. 133 ss.; *el mismo*, Joint Criminal Enterprise and Command Responsability, en Journal of International Criminal Justice, 5, 2007; *Bacigalupo*, La noción de autor en el Código penal, Buenos Aires, 1965; *el mismo*, La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales alemanes y en el nuevo CP alemán, en Libro-Homenaje a Antón Oneca, 1982, pp. 29 ss.; *Bacigalupo Saggese*, Autoría y participación en delitos de infracción de deber, 2007; *Baldó*, Aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP 1989, pp. 1091 ss.; *Baumann*, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, pp. 51, 85, 125; *el mismo*, Die Tatherrschaft in der Rechtssprechung des BGH, NJW 1962, pp. 374 ss.; *Berruezo*, Responsabilidad penal en la estructura de la empresa, 2007; *el mismo*, Autoría y participación desde una visión normativa, 2012; *Bloy*, Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Neuere Entwicklungen der Einheitstäterlehre in Deutschland und in Österreich, en Festschrift für R. Schmitt, 1992, pp. 3 ss.; *Bockelmann*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, en Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß, número especial de ZStW 1957, pp. 46 ss.; *Bolea*, La autoría mediata en Derecho Penal, 2000; *la misma,* La autoría mediata en algunos supuestos de error, en RDPCr nº 12, 2003, pp. 11 ss.; *la misma*, Tendencias sobre autoría y participación en el ámbito de la criminalidad empresarial (especial referencia al concepto de autor en los delitos relativos al mercado y los consumidores), en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *la misma*, Poder de mando y autor tras el autor, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; *el mismo*, Estructura de la autoría..., en Silva (ed. española), Schünemann/ Figueiredo Dias, Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, 1995, pp. 309 ss.; *Cerezo Mir*, La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho española, en el mismo, Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982, pp. 162 ss.; *el mismo*, Autoría y participación en el Código penal vigente..., en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, pp. 231 ss.; *Chinchilla*, Autor y coautor en derecho penal. PG, Costa Rica 2004; *Choclán*, Autoría y participación, La Ley 1996-1, pp. 1642 ss.; *Conde-Pumpido*, Encubrimiento y receptación, 1955; *Cuello Contreras*, Autoría y participación en un sistema lógico-funcional, en CPC (97) 2009; *el mismo*, Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito, en InDret 1/2011; *De la Cuesta Aguado*, Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: dos reflexiones teóricas con incidencia práctica, en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *Demetrio*, La tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa.* Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, 2003; *Detzer*, Die Problematik der Einheitstäterlösung, tesis, Erlangen-Nüremberg, 1972; *Díaz y García*, La autoría en Derecho penal, 1991; *el mismo*, Autoría y participación, La Ley 1996-2, pp. 1283 y ss.; *el mismo*, La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente, en Documentos Penales y

Criminológicos (Managua), v. 1, 200, pp. 29 ss.; *el mismo*, La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al CP colombiano, en Dº Penal y Criminología Univ. Externado Colombia), nº 76, 2004; *el mismo*, Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos, Nuevo foro penal, 2007; *Díez Ripollés*, Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal, en RDPC, 2ª época, nº 1 (1998), pp. 25 ss.; *Dietz*, Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, 1957; *Faraldo*, Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional…, en RDPCr nº 16, 2005; *Farré*, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa, en Estudios penales y criminológicos, XIII, 1990, pp. 43 ss.; *Feijoo*, Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas, en La Ley Penal, nº 40, 2007; *Fernández Bautista*, El administrador de hecho y de derecho, Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría, 2007; *la misma*, La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al administrador, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Fernández Ibáñez*, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, 2006; *Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, en Materialien, I, 1954, pp. 121 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, en Niederschriften, II, pp.67 ss.; *el mismo*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, en el nº especial cit. ZStW 1957, pp. 3 ss.; *García Cavero*, La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Gil Gil*, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, ADPCP, 2008; *la misma*, Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional: empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata, en CPC (109) 2013; *Gimbernat*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966 2ª ed. Buenos Aires 2006;; *el mismo*, Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, ZStW 80 (1968), pp. 915 ss.; *el mismo*, Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo, ADPCP 1966; *Gómez Martín*, Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano, en RDPCr nº 17, 2006; *el mismo*, Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria, en RECPC (14) 2012; *el mismo*, Delitos especiales y moderna dogmática del Derecho penal económico: ¿Un matrimonio bien avenido?, en La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *el mismo*, Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español, en Robles (dir.), La responsabilidad en los "delitos especiales", 2014; *el mismo*, Dominio del hecho y delitos especiales: ¿dos realidades conciliables?, en LH a B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Gómez Tomillo*, Libertad de información y teoría de la codelincuencia: la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas, 1998; *González Rus*, Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría, en Problemas de autoría, CDJ 1994, pp. 59 ss.; *Górriz Royo*, El concepto de autor en Derecho penal, 2008; *Gracia Martín*, El actuar en nombre de otro, I, 1985; *Hardwig*, Über den Begriff der Täterschaft, JZ 1965, pp. 667 ss.; *Heinitz*, Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im deutschen und italienischen Strafrecht, en Berliner Festschrift zum 41. DJT 1955, pp. 93 ss.; *Hernández Plasencia*, La autoría mediata en Derecho penal, 1996; *el mismo*, La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, en RDPCr nº 17, 2006; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *el mismo*, Die Problematik der «besonderen persönlichen Merkmale», ZStW 88 (1976), pp. 58 ss.; *el mismo*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 (1987), pp. 49 ss.; *Insolera,* Concorso di persone nel reato (separata del Digesto, 4ª ed.), 1988; *Jakobs*, El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos (trad. de Cancio), en Jakobs/Cancio, El sistema funcionalista del derecho penal, Lima, 2000; *el mismo*, Beteiligung, en Festschrift für E. J. Lampe, 2003; *Jiménez de Asúa*, L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction, en Les quatre rapports généraux presentés aud Congrès d'Athènes 1957, pp. 5 ss.; *Kienapfel*, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971; *el mismo*, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, pp. 1 ss.; *el mismo*, Zur Täterschaftsregelung im StGB, ÖRIZ 1975, pp. 165 ss.; *Korn*, Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen, NJW 1965, pp. 1206 ss.; *Krüger*, Der Versuchsbeginn bei mittelbarerTäterschaft, 1994; *Lange*, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71 (1959), pp. 579 ss.; *el mismo*, Beteiligter und Teilnehmer, en Festschrift für Maurach, 1972; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo*, Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale», en Festschrift für Lange, 1976, pp. 241 ss.; *Léauté*, Coactivité, complicité et provocation en droit français, SchwZStr 72 (1957), pp. 1 ss.; *López Barja*, Autoría y participación, 1996; *Luzón/Díaz y García*, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en Derecho Penal Contemporáneo. Rev. internacional (Bogotá/México), 2003, pp. 89 ss.; (= versión alemana en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 575 ss.); *Luzón Peña*, Derecho penal de la Circulación, 1985 (2ª ed. 1990); *Magaldi*, Autoría y participación en los delitos económicos, en Estudios de Derecho Judicial nº 61

(2004), pp. 273 ss.; *Mañalich*, La estructura de la autoría mediata, Rev. de Derecho Univ. Católica Valparaíso, 2010; *Maqueda*, Los delitos de propia mano, 1992; *Maraver*, Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad, en Homenaje al Prof. G. Rodríguez Mourullo, 2005, pp. 627 ss.; *Martínez Alcañiz*, La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en RDPC (8) 2012; *H. Mayer*, Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, en Festschrift für Th. Rittler, 1957, pp. 243 ss.; *Miró Llinares*, Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (III). Intervención delictiva, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Muñoz Conde/Olásolo Alonso*, La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo, en RP (27) 2011; *Murmann*, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, GA, 1996, pp. 269 ss.; *el mismo*, Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes, GA, 1998, pp. 78 ss.; *Navajas,* en RP, nº 18, 2006, pp. 242 ss.; *Nowakowski*, Tatherrschaft und Täterwille, JZ 1956, pp. 54 ss.; *Octavio de Toledo*, La autoría conforme al Código penal, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 575 ss.; *De Oliveira Monteiro*, La autoría mediata en los delitos imprudentes, 2013; *Paredes*, Problemas de la responsabilidad penal en supuestos de comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza», en Mir/Luzón (eds.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, pp. 289 ss.; *Pariona Arana*, Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014 (trad. al español en, La autoría mediata en los delitos de infracción de deber, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014); *Pastor*, La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa, en InDret (www.indret.com), 4/2006; *Peñaranda Ramos*, La participación en el delito y el principio de acesoriedad, 1990; *el mismo*, Autoría y participación en la empresa, en Demetrio/Serrano-Piedecasas (dirs.), Cuestiones actuales de derecho penal económico, 2008; *el mismo*, Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber, en Robles (dir.), La responsabilidad en los "delitos especiales", 2014; *Pérez Alonso*, Täterschaft und Teilnahme im spanischen Strafgesetzbuch von 1995…, en ZStW, 2005, pp. 431 ss; *Pérez Cepeda*, Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación, RP (9) 2002, pp. 106 ss.; *Pérez Manzano*, Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, 1999; *Puppe*, Der Versuch des mittelbaren Täters, en Festschrift für H. Dahs, 2005; *la misma*, Das sogenannte gerechtfertigte Werkzeug, en Festschrift für W. Küper, 2007; *Quintano Ripollés*, Autoría penal, NEJ, II, 1951, pp. 145 ss.; *el mismo*, Codelincuencia, NEJ, 1952, pp. 225 ss.; *Quintero Olivares*, Los delitos especiales y la teoría de la participación, 1974; *Randt*, Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, 1997; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *el mismo*, Zurück in die Steinzeit? - Aporien der Tatherrschaftslehre, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Reston*, Los delitos de infracción de deber. ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?, 2014; *Reyes Alvarado*, Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung, en Festschrift für G. Jakobs, 2007; *Del Rosal*, De la coparticipación culposa y determinación de autor, ADPCP 1961, pp. 264 ss.; *Robles*, Participación en el delito e imprudencia, en RDPC, (6) 2000; *el mismo,* (dir.), *et al*., La responsabilidad en los "delitos especiales", 2014; *Robles/Riggi*, El extraño artículo 65.3 del Código Penal, en Robles (dir.), La responsabilidad en los "delitos especiales", 2014; *Roso*, Autoría y participación imprudente, 2002; *el mismo*, Los criterios de autoría en el delito imprudente, en TSJ y AP (Aranzadi), nº 21, 2002, pp. 11 ss.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed. 2006; *el mismo*, Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1972; *el mismo*, Bemerkungen zum «Täter hinter dem Täter», en Festschrift für Lange, 1976, pp. 173 ss.; *el mismo*, Sobre la autoría y participación en el Derecho penal, en Problemas actuales de las ciencias penales..., En homenaje a Jiménez de Asúa, 1970, pp. 55 ss.; *el mismo*, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en RP, nº 2 (1998), pp. 61 ss.; *el mismo*, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, 7ª ed., trad. de Cuello Contreras/Serrano González, 2000; *el mismo*, Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, trad. de Castiñeira, en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 157 y ss.; *el mismo*, El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata, en RP 18 (jul 2006), pp. 242 ss.; *el mismo*, Dirección de la organización como autoría mediata, en ADPCP, 2009; *el mismo*, Pflichtdelikte und Tatherrschaft, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Rueda Martín*, Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 del Código penal, 2010; *la misma*, La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código Penal, en Robles (dir.), La responsabilidad en los "delitos especiales", 2014; *Ruiz Antón*, El agente provocador en el

Derecho penal, 1982; *el mismo*, La autoría y la participación en el Proyecto de LOCP de 1992, en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 961 ss.; *Salazar Marín*, Autor y partícipe en el injusto penal, Bogotá, 1992; *Sánchez Lázaro*, Intervención delictiva e imprudencia, 2004; *el mismo*, Breves notas sobre autoría, tentativa e imprudencia, en EPC 2006; *el mismo*, ¿Qués es la autoría?, Revista Penal, 2007; *el mismo,* Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 2007; *Sánchez-Vera*, Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica trascendencia, ADPCP 1998, pp. 319 ss.; *el mismo*, Pflichtdelikt und Beteiligung: Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999; *el mismo*, Delito de infracción de deber, en Robles (dir.), La responsabilidad en los "delitos especiales", 2014; *Sax*, Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, JZ 1963, pp. 329 ss.; *Schäfer*, Täterschaft und Teilnahme, Niederschriften, II, pp. 75 ss.; S*chlösser,* Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen*,* en GA 2007, pp. 161 ss.; *Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an der Straftat..., ÖJZ, 1983, pp. 337 ss.; *Schöneborn*, Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem, ZStW 87 (1975), pp. 902 ss.; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung, ROW 1964, pp. 97 ss.; *Schultz*, Täterschaft und Teilnahme im modernen schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 71 (1956), pp. 244 ss.; *Schwalm*, Täterschaft und Teilnahme, Niederschriften II, pp. 88 ss.; *Seebald*, Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, pp. 161 ss.; *Seminara*, Tecniche normative e concorso di persone nel reato, 1987; *Silva*, Aspectos de la comisión por omisión..., CPC nº 38 (1989), pp. 367 ss.; *el mismo*, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997; *Spendel*, Zur Kritik der Subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie, JuS 1969, pp. 31 ss.; *el mismo*, Der «Täter hinter dem Täter»... en Festschrift für Lange, 1976, pp. 147 ss.; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *Strauss*, Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht, 1952; *Tiedemann*, La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo, RP (5) 2000, pp. 90 ss.; *Vives Antón*, Libertad de prensa y responsabilidad criminal (la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), 1977; *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), pp. 491 ss.; *el mismo*, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ 1947, pp. 645 ss.; *el mismo*, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen?, JZ 1954, pp. 429 ss.; *Werle/Burghardt*, Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el derecho penal internacional? RP (28) 2011; *Zimmerl*, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929), pp. 39 ss.; *Zissiades*, L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction, RintDP 1957, pp. 176 ss.

1 Hasta ahora hemos contemplado varias clases de tipos legales con independencia de los sujetos que en ellos intervienen. En esta Lección y en la siguiente consideraremos, en cambio, distintas clases de tipos determinadas por la posición de sus *sujetos*. Por de pronto se partirá de la distinción de tipos de autoría y tipos de participación. Precisar en qué consiste la diferencia entre ambas clases de tipos constituirá el primer objetivo de este Capítulo, pero ya ahora cabe plantear los términos del problema: son **tipos de autoría** aquéllos cuyo sujeto recibe el nombre de **autor**, son **tipos de participación** aquéllos cuyo sujeto se considera **partícipe** de un tipo de autoría. Todo depende, pues, de la delimitación de los conceptos de autor y partícipe, delimitación que ha de partir de la noción de autor.

I. El concepto de autor

1. *Sentido doctrinal y sentido legal del término «autor»*

2 El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. Según la

doctrina dominante, dicha relación especial concurre cuando el sujeto *realiza como propio* alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos *como suyo*. Welzel, en frase que ha hecho fortuna, dice que es autor el «quien» anónimo de los referidos tipos legales («El que matare a otro...»).[1] Esto significa que, en este sentido, los tipos de la Parte Especial son tipos de autoría, pues es autor quien los realiza. Este es el **sentido estricto** del término «autor», también llamado **«concepto ontológico» o «concepto real» de autor**, porque se entiende que responde al significado propio de la palabra «autor»: el «verdadero» autor de un hecho sería, en efecto, **aquél que lo realiza y del que se puede afirmar que es «suyo»**.

3 Si el autor realiza el tipo, podría considerarse preferible estudiar la autoría en el marco sistemático de la teoría general del tipo. Mas ello sólo resultaría acertado para una clase de tipos, los previstos en la Parte Especial y sus formas de imperfecta realización, los únicos cuyo sujeto puede llamarse «autor». Quedarían fuera los tipos definidos en la Parte General que consisten en la participación de un sujeto (como inductor o cooperador) en el hecho del autor. El sujeto de estos otros tipos, pese a realizarlos tanto como realiza el autor los tipos de la Parte Especial, no puede recibir el nombre de «autor». No es cierto, pues, que autor sea quien realiza un tipo, sino sólo quien realiza una clase de tipos, los tipos de autoría. Y no puede equipararse la autoría a la realización del tipo, sino que debe distinguirse entre tipos de autoría y tipos de participación. Ahora bien, por utilidad expositiva hablaremos de realización «del tipo», de participación en «el hecho», etc., en el sentido abreviado de referencia a los tipos de autoría. Y entonces sí que la «realización del tipo» supone la autoría.[2]

4 Por otra parte, es cuestionable **la expresión «concepto ontológico»** de autor. La filosofía analítica ha puesto de manifiesto que las cosas no tienen una esencia necesaria, implicada en ellas mismas, sino que las concebimos a través de la mediación convencional del lenguaje. El concepto de una cosa depende del significado convencional de las palabras con las que las designamos. No existen «conceptos ontológicos», sino conceptos convencionales. La mayoría de las palabras se usan en distintos sentidos. El término «autor» no es una excepción. Mientras que se llama autor de una obra literaria al creador de su contenido, y no al mecanógrafo que la materializa, la doctrina dominante en nuestro país y en otros (no en todos) no considera autor de un asesinato al que idea el plan e induce a un matón a sueldo a ejecutarlo, sino a éste. El llamado «concepto ontológico» de autor no es más que el concepto que la doctrina actualmente dominante en nuestro país y en otros (no en todos) considera preferible. Es, pues, preferible denominarlo **«concepto doctrinal»**.

5 El actual CP acoge este concepto de autor dominante en la doctrina, al declarar que «*son* autores quienes *realizan* el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento» (art. 28, primer párrafo). Pero extiende también el uso del término «autor» a otros casos que no suponen

1. Cfr. Welzel, Lb. 63 (=trad. p. 94).

2. La doc. dom. admite que la teoría de la autoría es una parte de la teoría del tipo de injusto, y no un problema «posterior» como pudiera pensarse: cfr. Welzel, Lb. pp. 98 s. (=trad. pp. 142 ss.); Jescheck, p. 827; Roxin, Täterschaft, 2ª ed., pp. 615 ss., 3ª ed., p. 581. En contra Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 802.

la realización del hecho, sino formas de participación en el hecho realizado por otro especialmente importantes. Añade: «También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.— b) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado». El CP emplea, pues en dos sentidos el término «autor»: en un **sentido estricto** que coincide con el doctrinal del que realiza el hecho como propio, y en un **sentido amplio** que incluye a partícipes especialmente importantes en el hecho de otro: el inductor y el cooperador necesario.[3]

6 Esto solo ya impediría limitarnos a un sentido amplio del término «autor» que no distinguiese entre quienes el CP dice que «son» autores y aquéllos a quienes se limita a «considerar» autores.[4] Pero hay aún otra circunstancia que aconseja partir de lo que la doctrina considera verdadero autor y que el CP acoge ahora como tal: sólo éste realiza un tipo autónomo cuya concurrencia no depende de la presencia de un hecho principal; aquéllos a quienes la doctrina considera sólo partícipes, están sometidos, en cambio, al **«principio de la accesoriedad de la participación»** respecto del hecho del autor —por mucho que el CP les considere autores en sentido legal—. Más adelante desarrollaremos este principio, pero ya ahora conviene adelantar su significado: a diferencia de quien realiza el tipo como autor en sentido estricto, que es punible autónomamente, el «partícipe» sólo puede ser castigado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

7 Que el art. 28 *considere* autores a los inductores y a los cooperadores necesarios no significa, pues, que éstos tengan la misma naturaleza que los que el mismo precepto dice que *son* autores. Sin embargo, la *consideración* legal de aquéllos como autores tiene que tener algún efecto. Es evidente, por de pronto, que la ley señala a los autores del art. 28 —tanto a los que lo son como a los que *se consideran* como tales— el **mismo marco penal** (arts. 61 y 62 CP), mientras que a los **cómplices** —partícipes menos importantes no previstos en el art. 28, sino en el 29— les asigna una pena menor (art. 63 CP).

8 Pero cabe entender, además, que la consideración de los inductores y cooperadores necesarios como autores tiene asimismo la consecuencia de que, en la terminología legal, también *se considera* que ellos «cometen» el delito. Así se desprendía claramente del art. 49 del anterior CP, que declaraba que «a los autores de un delito —todos los del anterior art. 14, correspondiente al art. 28 actual— se les impondrá la pena que para el delito que hubieren *cometido* se hallare señalada por la Ley». Esto tiene consecuencias en diversos puntos importantes. En la Lec. 13, al interpretar la definición de la **proposición para delinquir**, se

3. La doctrina española dominante consideraba también que el anterior art. 14 CP se refería no sólo a *verdaderos* autores, sino también a sujetos que materialmente serían partícipes: los inductores y los cooperadores necesarios. Cfr. la exposición de Vives, Libertad, pp. 148 ss. En particular, p. ej., Antón Oneca, PG p. 421. En este sentido STS 25 en. 88.

4. Así Díez Ripollés, RDPC 1998, p. 28.

extrajo la consecuencia de que la expresión «el que ha resuelto *cometer* un delito», empleada en dicha definición, es extensiva al que propone el delito sin querer concurrir a su ejecución, sino deseando quedarse en la posición de inductor. En la presente Lec. 14 se mantendrá también que cuando el Código se refiere en la Parte Especial a quienes «cometen» —empleando este verbo u otros parecidos, como «realizan»— determinado delito por **imprudencia**, cabe entender que incluye a quienes son considerados autores por el art. 28 (los inductores y los cooperadores necesarios). En la Lec. 15 se pondrá de manifiesto que en los casos, frecuentes en el nuevo CP, en que la ley agrava la pena del delito cuando se *comete* por **autoridad o funcionario público**, la interpretación más acorde a la *ratio legis* es la de entender que dichas agravaciones alcanzan también a los inductores y cooperadores necesarios del art. 28.

9 Ahora bien, la distinción dogmática de autoría y participación, aceptada implícitamente por el CP, debe basarse en el concepto de autor en sentido estricto a que alude el primer párrafo de este precepto. A continuación examinaremos las distintas teorías que intentan precisar este concepto.

2. *El concepto unitario de autor*

10 Según esta teoría,[5] no es posible o no es conveniente distinguir entre autoría y participación, sino que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo. En su versión clásica se fundó en la teoría de la equivalencia de las condiciones: si toda condición del hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores. Pero la concepción que examinamos responde ante todo a una *opción político-criminal* que parte de la contemplación del delito como obra en común de todos quienes contribuyen a él y estima conveniente, en principio, castigar por igual a todos ellos, y especialmente sin que el castigo de unos (los partícipes) dependa de lo que haga otro (el autor).[6] De ahí que la tesis haya sido defendida por la *dirección moderna* que basa el Derecho penal en la peligrosidad del delincuente, por considerar especialmente peligrosa la intervención de varios delincuentes, y por la corriente nacionalsocialista de la Escuela de Kiel, que partía de un «Derecho penal de la voluntad».[7] Legislativamente este planteamiento ha encontrado reflejo en Italia (el art. 110 CP castiga por igual, sin distinguir, a todos los sujetos intervinientes en el hecho), tal vez por influjo de la Escuela Positiva,[8] y en otros países, como Austria (§§ 12 y 13 StGB).[9]

11 Los Derechos como el español —y el alemán— que distinguen expresamente entre autores y otros partícipes, no utilizan el concepto unitario de autor.[10] Mas tampoco *de lege ferenda* parece preferible esta concepción a la distinción de autoría o participación, pues el planteamiento unitario desconoce la necesidad de matizar suficientemente las responsabilidades

5. Cfr. las obras de Detzer, Díaz y García, pp. 43 ss., (en contra: pp. 200 s.) y Kienapfel (a favor) cit. en la bibliografía.

6. Cfr. Díaz y García, Autoría, pp. 117 ss.

7. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 889.

8. Cfr. Heinitz, op. cit. en la bibl. Sin embargo, un sector de la doc. italiana cree que el tratamiento unitario de todos los intervinientes en el hecho no significa que todos sean autores, por lo que consideran compatible la solución unitaria del Codice penale con el concepto restrictivo de autor. Cfr. así Romano/Grasso, Comentario, Pre-Art. 110, nº 4.

9. Cfr. Díaz y García, Autoría, p. 56 y nota 65.

10. Cfr., sin embargo, Díaz y García, Autoría, pp. 43 s.

según su objetiva importancia social respectiva. No obstante, la doctrina alemana admite el concepto unitario de autor en los **delitos imprudentes**, de lo que discrepa un importante sector doctrinal y jurisprudencial español (cfr. *infra*, 4 Cc).

3. *El concepto extensivo de autor*

12 Dos concepciones principales intentan ofrecer un criterio de distinción de autoría y participación: el concepto *extensivo* y el concepto *restrictivo* de autor.[11] El concepto extensivo de autor *parte* también de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Entiende que desde el punto de vista lógico todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causas del mismo, pero reconoce que *la ley* obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Los tipos legales de participación aparecen, entonces, como «causas de *restricción* de la pena», puesto que sin ellas debería castigarse a todos los intervinientes como autores. Y ¿cómo distinguir entre autores y partícipes como impone la ley? Sin una diferenciación objetivo-causal es imposible lógicamente, habrá que buscar el criterio de distinción en el plano de lo *subjetivo*: será autor quien obre con ánimo de autor *(animus auctoris)*, será partícipe quien actúe sólo con ánimo de partícipe *(animus socii)*. Es lo que se conoce con el nombre de **«teoría subjetiva de la participación»**, que constituye el complemento usual del concepto extensivo de autor.[12]

13 Ahora bien, la necesidad de una distinción puramente subjetiva de autoría y participación encierra **inconvenientes político-criminales**. Ha conducido a la jurisprudencia alemana, que la acoge, a resultados criticados por la doctrina. Así, los Tribunales alemanes han castigado como meros partícipes a sujetos que han realizado por sí mismos todos los elementos del tipo, mientras que han considerado autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho.

14 *Ejemplo:* La Sentencia del Reichsgericht 74, 84 (85), condenó como cómplice, y no como autor, a quien había matado a un niño recién nacido a solicitud y por interés de la madre. Se produce, como se ve, una discutible subjetivización de la responsabilidad penal. No basta para paliarlo el hecho de que en la práctica se deduzca la voluntad de autor de la existencia de *interés* en el hecho por parte del sujeto.[13]

15 Ni el concepto extensivo de autor ni su consecuencia, la teoría subjetiva de la participación, han sido apenas defendidos para nuestro Derecho,[14] ni resultan adecuados en modo alguno al criterio que inspira las distinciones legales de los artículos 28 y 29 CP. No obstante,

---

11. Esta terminología procede de Zimmerl, ZStW 49 (1929), pp. 40 ss.

12. Cfr. las exposiciones de Roxin, Täterschaft, pp. 5 s.; Jescheck, Tratado, pp. 894 s.; Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 42 ss., 216; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 823. Sin embargo, Díaz y García, Autoría, pp. 256 ss., no considera necesariamente unidos el concepto extensivo de autor y la teoría subjetiva de la participación.

13. Ver las críticas en Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 49 ss., y ADPCP 1966, pp. 13 ss.; Díaz y García, Autoría, pp. 271 ss., 326 ss., 347. También Ruiz Antón, Agente, pp. 106 s.

14. Cfr. en favor de dicha concepción Conde-Pumpido, op. cit., pp. 88 s. Defendió también la teoría subjetiva Luzón Domingo, Der. penal del TS II (1964), pp. 202 s. Menciona el criterio de animus auctoris la STS 26 en. 84. En contra STS 4 oct. 94.

el TS ha venido manteniendo[15] la llamada **doctrina del «acuerdo previo»**, según la cual basta para ser autor el dato predominantemente subjetivo de una previa resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, con independencia de los actos materialmente realizados. La doctrina censura tal construcción, que de hecho implica sustituir los requisitos legales, de carácter objetivo, por un dato subjetivo no previsto por la ley[16] —viniéndose a aproximar así, curiosamente, esta jurisprudencia española a la tradicional en Alemania—.

16 Esta aproximación de ambas jurisprudencias no es casual. Responde a necesidades político-criminales que aconsejan evitar *lagunas* en el tratamiento de los sujetos que merecen ser considerados como autores por la importancia de su intervención. Mas estas necesidades no pueden ser colmadas apartándose de la ley sin que con ello se infrinja el principio de legalidad. En cuanto a la jurisprudencia alemana, ha influido también decisivamente la problemática de los delincuentes nazis, a muchos de los cuales se ha considerado necesario condenar como autores por el hecho de haber dado las órdenes, mientras que los que obedecieron han sido condenados como cómplices.

4. *El concepto restrictivo de autor*

17 Los inconvenientes político-criminales del concepto extensivo de autor, junto a otras consideraciones dogmáticas, han llevado a la doctrina dominante alemana a abandonarlo y sustituirlo por el **concepto restrictivo de autor**. Esta otra teoría no es nueva, sino anterior, pero en los últimos tiempos ha sido objeto de ciertas matizaciones que han obviado su rigidez originaria y la han hecho aceptable por la mayoría. En España ha sido y es el punto de vista tradicional.[17]

18 El concepto restrictivo de autor parte de un principio opuesto al punto de partida del concepto extensivo de autor: parte de que no todo el que es *causa* del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho *realiza* el tipo. Causación no es igual a realización del delito. Para ésta es preciso algo más que la causación. Los tipos de participación serán, pues, «causas de *extensión* de la pena», ya que si no estuvieran previstos por la ley no serían punibles. La diferencia entre autor y partícipe puede ser objetiva, según la clase de contribución al hecho.[18] Las opiniones se dividen a la hora de precisar el criterio que debe decidir cuándo concurre una contribución de autor y cuándo una de partícipe. Se distinguen aquí tres direcciones: la teoría objetivo-formal, la teoría

---

15. Pero desde fines de los años sesenta, a raíz de las críticas de Gimbernat, cada vez son más las SSTS que se apartan de esta concepción: cfr. Díaz y García, Autoría, pp. 361 ss. Cfr. también SSTS 601/2007 de 4 jul. y 1003/2006 de 19 oct.

16. Cfr. sobre todo Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 57 ss.

17. Cfr. Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 217 ss.; Antón Oneca, PG, pp. 433 s.; Rodríguez Muñoz, Notas II, pp. 250 s.; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 802; Rodríguez Devesa, PG p. 749; Díaz y García, Autoría, pp. 407 ss.

18. Así Cobo/Vives, PG, p. 668; Jescheck, Tratado, pp. 892 s.

objetivo-material y la teoría del dominio del hecho (así SSTS 123/2001 de 5 febr. y 1780/2001 de 27 sep.).

19 A) Para la **teoría objetivo-formal** lo decisivo es sólo y siempre la realización de todos o algunos de los *actos ejecutivos* previstos expresamente (literalmente) en el tipo legal.[19]

20 *Ejemplos:* Es autor quien clava el puñal en el pecho de la víctima, quien toma el dinero de la caja; también quien sujeta a la mujer en la violación o amenaza con un arma a la víctima de un robo mientras toma el dinero otro coautor.

21 En nuestro país éste ha sido el planteamiento tradicional y todavía muy extendido[20], aunque con frecuencia presuponiendo criterios propios de la teoría objetivo-material (cfr. *infra*, B). En Alemania, en cambio, ha sido abandonado, y, ciertamente, la teoría objetivo-formal tropieza con dificultades: a) en los delitos cuyo tipo sólo requiere expresamente la causación de un resultado, sin medios típicamente determinados, puesto que no viene a ofrecer ningún criterio que permita distinguir entre mera causación y autoría, por lo que conduciría a la misma amplitud del concepto extensivo de autor; *ejemplo*: todo el que contribuye a la muerte de una persona es causa de su muerte y en este sentido podría entenderse que la «mata», aunque la contribución haya consistido en inducir a otro a disparar o en prestarle la pistola; b) ante la figura de la autoría mediata; c) en la coautoría, cuando alguno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto;[21] *ejemplo:* para alcanzar la fruta de un árbol ajeno, A sube encima de B, de modo que éste no «toma» la fruta. En suma: la teoría objetivo-formal resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados.

22 B) La **teoría objetivo-material** intentó evitar los defectos de la teoría objetivo-formal remitiendo a un criterio material más allá de la mera descripción típica: la importancia objetiva de la contribución. Sería autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante.[22]

---

19. Cfr. la exposición de Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 19 ss. También Díaz y García, Autoría, pp. 411 ss.

20. Con especial claridad Cobo/Vives, PG, p. 672. En la jurisprudencia, cfr., p. ej., SSTS 969/2001 de 28 mayo, 1478/2001 de 20 jul., 779/2003 de 30 mayo, 474/2005 de 17 de mar., 37/2006 de 25 en., 1003/2006 de 19 oct. y 601/2007 de 4 jul. Más referencias doctr. y jurispr. en Díaz y García, Autoría, pp. 419 ss.

21. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 893 s. Insiste en la incapacidad de la teoría objetivo-formal de acoger la autoría mediata Gimbernat, op. cit., pp. 35 ss. También Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 822 s.; Ruiz Antón, Agente, p. 108; Díaz y García, Autoría, pp. 464 ss.

22. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 893.

23 En esta línea pueden situarse las concepciones que distinguen, expresa o tácitamente, entre condición y causa, considerando, en el sentido de las viejas teorías restrictivas de la causalidad, que sólo ciertas condiciones especialmente importantes son causa (así todavía STS 13 dic. 79).[23]

24 Dos críticas cabe formular a la teoría objetivo-material: Por una parte, desconoce la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho. *Por ejemplo:* Para decidir si concurre autoría mediata es decisivo tener en cuenta si el ejecutor material conoce o desconoce la situación. Por otra parte, de poco sirve como criterio delimitador de autoría y participación la remisión a una fórmula vaga como «mayor importancia objetiva», «mayor peligrosidad objetiva», etc. Téngase presente que una distinción precisa entre «causa» y «condición», o entre causas más o menos importantes no puede obtenerse en el mero terreno objetivo de la causalidad. Hoy se admite generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia).[24]

25 Por estas razones, la doctrina alemana ha abandonado en la actualidad el punto de vista objetivo-material. En nuestro país late tras muchas de las posiciones que remiten a la teoría objetivo-formal, en cuanto presuponen que quien realiza el verbo típico (p. ej., «matar») es el que aporta la causa «decisiva» (como clavar el cuchillo en el pecho de la víctima o disparar la pistola), y no el que se limita a aportar otras condiciones causales. Por otra parte, es tradicional entre nosotros explicar la distinción de los supuestos legales de «autoría» del art. 28, y en particular de la cooperación necesaria, respecto de la complicidad del art. 29, entendiendo que mientras aquel artículo contempla verdaderas «causas» del delito, el segundo, no.[25]

26 C) *a)* La **teoría del dominio del hecho** constituye la opinión dominante en la doctrina alemana actual. Tiene su origen en el finalismo[26] y en su tesis de que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho. Mas actualmente se ha impuesto[27] como teoría *objetivo-subjetiva* y, efectivamente, aunque el dominio del hecho supone un control final (subjetivo), no requiere sólo la finalidad, sino también una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho. Maurach resume el sentido de la teoría diciendo que es autor, porque tiene el dominio del hecho, quien tiene dolosamente en sus manos el curso del suceder típico.[28]

27 ¿Qué consecuencias concretas tiene la teoría del dominio del hecho? Para Jescheck,[29] las siguientes: 1º) siempre es autor quien ejecuta por su propia mano

---

23. Cfr. la exposición de Gimbernat, Autor y cómplice, pp.115 ss.
24. Lo subraya Gimbernat, Autor y cómplice, pp.119 s.
25. Cfr. Gimbernat, Autor y cómplice, pp. 118 ss.; STS 1 feb. 89.
26. Cfr. Welzel, ZStW 58 (1939), pp.491 ss. Antes de Welzel otros autores habían empleado ya el concepto de «dominio del hecho» (Bruns, v. Weber, Horn y, ya en un sentido actual, Lobe), pero fue el influjo de Welzel el que condujo a la doctrina actual: cfr. Roxin, Täterschaft, pp. 60 ss., 64 s
27. Sobre todo desde 1963, gracias a la obra de Roxin, Täterschaft cit. en bibl.: cfr. Díaz y García, Autoría, p. 546.
28. Cfr. Maurach, Tratado, II, p. 343.
29. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 898 s. Este planteamiento fue defendido por Roxin, Täterschaft, 2ª ed., p. 578, 4ª ed., p. 527 (para lo que él llama «delitos de acción»).

todos los elementos del tipo; 2º) es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento (**autoría mediata**); 3º) es autor el **coautor**, que realiza una parte *necesaria* de la ejecución del plan global (**dominio funcional del hecho**),[30] aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva. Como se ve, la teoría del dominio del hecho permite combinar el punto de partida del concepto restrictivo de autor con una cierta flexibilidad que da cabida en la autoría no sólo al ejecutor material, sino también a la autoría mediata y a casos de coautoría sin un acto típico en sentido estricto.

28 *b)* Esta concepción, acogida en España por un sector de opinión cada vez más amplio,[31] puede ser objeto de algunas observaciones. En primer lugar, debe precisarse más qué se entiende por ejecutar de propia mano los elementos del tipo, si no se quiere caer en la misma crítica que merece la teoría objetivo-formal en los delitos de resultado sin medios típicamente determinados: en ellos toda causación (objetivamente imputable) podría entenderse típica, por lo que también el inductor podría considerarse que realiza los elementos del tipo. La ejecución de propia mano ha de entenderse en el sentido estricto de **realización de la «fase ejecutiva»** como se entiende a efectos de tentativa, esto es, como la *última fase* anterior a la consumación, en los delitos de un acto, o a alguno de los actos requeridos por el delito, cuando sea de dos o más actos, y en todo caso según cuál sea el plan del autor (cfr. *supra*, Lección 13, III 2 A b').

29 *Ejemplo:* En el homicidio sería ejecución de propia mano el disparar sobre la víctima (acto ejecutivo, con independencia de que se produzca o no la consumación). Pero enseguida surge la segunda cuestión que suscita la teoría del dominio del hecho: ¿por qué tiene el dominio del hecho quien realiza los actos últimos necesarios para la realización del tipo?

30 Esto remite a la problemática central de la teoría examinada: **¿en qué consiste realmente el dominio del hecho?** Se ha acusado a esta fórmula de carecer de un contenido preciso que sirva para resolver con nitidez la cuestión de la delimitación de la autoría y participación. Una posibilidad de concreción del concepto de dominio del hecho es entender que concurre en el sujeto que tiene el *poder de interrumpir* la realización del tipo. Podría decirse, entonces, que el ejecutor material tiene el dominio del hecho, y es autor, porque todas las contribuciones anteriores (por ejemplo, del inductor) dependen de que aquél culmine la ejecución y no la deja inacabada. Mas la doctrina ha advertido que el poder de interrupción no puede bastar para la autoría, pues tal posibilidad puede hallarse también en manos del inductor, del cómplice y hasta de terceros.[32]

---

30. Este concepto es de Roxin, Täterschaft, 2ª ed., p. 578, 6ª ed., pp. 275 ss., 527 s, 656 ss. (para lo que él llama «delitos de acción»). Acoge el concepto la actual jurisprudencia del TS: ver p. ej., SSTS 969/2001 de 28 mayo, 1478/2001 de 20 jul., 779/2003 de 30 mayo, 474/2005 de 17 mar., 732/2006 de 3 jul. 1226/2006 de 15 dic., 601/2007 de 4 jul., 1100/2007 de 27 dic. y 1105/2007 de 21 dic.

31. Así Córdoba Roda, Notas, II, pp. 310 s.; Cerezo Mir, La reforma, p. 236; Gómez Benítez, Teoría, pp. 124 ss.; Bacigalupo, Noción de autor, pp. 45 ss.; STS 26 en 84, entre otros criterios. De modo más declarado STS 24 febr. 89. También STS 1460/2004 de 9 dic. Más referenc. en Díaz y García, Autoría, pp. 561 ss.

32. Así Roxin, Täterschaft, p. 311; Gimbernat, Autor, p. 129; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 825; Luzón Peña, ADPCP 1989, pp. 895 ss., proponiendo como definidor de la autoría el concepto

31 D) La teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de *imputación* que caracteriza a la calificación de autor. El control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para esta imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito *pertenece* al sujeto como *suyo*. En los delitos de acción ello presupone, como mínimo, que el sujeto ha (co-)*causado* el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la *imputación objetiva* y *subjetiva* del resultado: presupone la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia. Pero ello no basta, pues también puede afirmarse lo mismo de los sujetos que intervienen en el hecho como partícipes, induciendo al autor o cooperando con él. A mi juicio, sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la *pertenencia*, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquél o aquéllos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (esto es importante en los *delitos especiales*), aparezcan como *protagonistas* del mismo, como *sujetos principales* de su realización. La ejecución material del hecho o su control efectivo pueden ser un criterio que permita afirmar dicho protagonismo (autoría *directa* o autoría *mediata* con dominio efectivo del hecho), pero ello no siempre será así. El sujeto principal del hecho a veces es un co-causante que no controla efectivamente el hecho ejecutado materialmente por otro sujeto, pero que es el único al que puede imputarse el delito (autoría *mediata* aprovechando la ignorancia del ejecutor material o sirviéndose de alguien que no reúne las condiciones personales requeridas para ser autor), o se limita a ejecutar sólo una parte de la ejecución o incluso a aportar una contribución no típica en sentido literal, pero sí fundamental en la realización del plan *(coautoría)*.

32 La autoría supone, pues, que el delito es imputable al sujeto como suyo, supone una **relación de pertenencia**. Esta pertenencia corresponde en primer lugar al **ejecutor material individual al que puede imputarse el delito**: cuando es el único causante al que es imputable el tipo (no hay inductores ni ningún

---

de «determinación objetiva del hecho», especialmente restrictivo: pp. 894 ss. Acoge este último criterio y lo fundamenta ampliamente Díaz y García, Autoría, pp. 531 ss., 631 ss., 688 ss., conduciéndole a considerar autor sólo al que realiza (por sí solo, a través de otro o conjuntamente con otros) «la acción típica nuclear» (p. 532) y no al que realiza otro acto típico; p. ej.: no sería coautor de una violación quien ejerce la fuerza sobre la víctima mientras otro tiene acceso carnal con ella, sino que sólo éste último sería autor y el primero únicamente sería partícipe; pero «violar» no es sólo tener acceso carnal, sino hacerlo, p. ej., con fuerza, del mismo modo que el robo con violencia o intimidación exige no sólo tomar la cosa, sino también ejercer violencia o intimidación, por lo que cabe objetar que la realización del acto típico nuclear no basta para la realización del tipo ni, por tanto, para la autoría, que no es más, ni menos, que esta realización. Véase lo dicho supra, I, 4 A) c) y lo que se dirá infra, Lec. 15, I 2 A) b).

otro causante del hecho), porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia; y cuando concurren otros causantes no ejecutores que desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo (así, un inductor), porque dependen de que el primero ejecute o no un delito que queda en sus manos a título propio. Es seguro que la pertenencia de la causación típica también corresponde, en segundo lugar, al **autor mediato** que utiliza a un instrumento bajo su total control. El llamado «hombre de atrás» (mejor: persona de atrás) es aquí el único causante del delito al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del mismo. Ya veremos al estudiar la autoría mediata que esta fundamentación permite justificarla en otros casos en que el instrumento actúa con libertad respecto del hombre de atrás. En tercer lugar, la pertenencia del hecho se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito (**coautoría**).[33]

33 E) **En Alemania** los defensores de la teoría del dominio del hecho **excluyen a los delitos imprudentes y limitan a los delitos dolosos** el ámbito de aplicación de la misma y, con ella del concepto restrictivo de autor. Ello se explica por el sentido originariamente subjetivo de la teoría, vinculado a la idea de *finalidad*. Sólo en los delitos dolosos puede hablarse de dominio final del hecho típico, mientras que los delitos imprudentes se caracterizan precisamente por la pérdida del control final del hecho. La doctrina dominante alemana maneja, sobre esta base, *dos conceptos distintos de autor:* en los delitos dolosos el concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, y en los delitos imprudentes un concepto unitario de autor que impide distinguir entre autoría y participación. Todo sujeto que cause por imprudencia el hecho será autor.[34]

34 En un sentido distinto, **Roxin excluye la teoría del dominio del hecho de los «delitos consistentes en la infracción de un deber»** *(Pflichtdelikte)* —como por ejemplo, los delitos de funcionarios o los de omisión—. En ellos entiende que lo único decisivo es la infracción del deber típico por parte del obligado por el mismo, que siempre sería autor con independencia de si realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo.[35]

35 Ambas escisiones del concepto de autor han sido criticadas por nuestra doctrina.

36 *a)* **En España**[36] tanto la opinión dominante entre los autores como el TS han venido admitiendo la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes. Como fundamento de esta actitud de nuestra doctrina se alegaba la necesidad que imponía el art. 565 del anterior CP de que el autor del delito imprudente realizase *la misma conducta* objetivamente necesaria para el delito

33. Críticamente sobre este planteamiento Díaz y García, Autoría, pp. 616 ss.
34. Cfr. Welzel, Lb., 98 s. (=trad. p. 145); Jescheck, Tratado, p. 900.
35. Cfr. Roxin, Täterschaft, pp. 352 ss., 6ª ed.: 663 ss.
36. Vid. Robles, Participación en el delito e imprudencia cit., *passim*.

doloso correspondiente —«un hecho que si mediare dolo constituiría delito»—. Así, si para «matar» dolosamente era preciso algo más que interponer cualquier condición causal de la muerte, y en particular era necesario actuar como autor de la muerte, lo mismo había de ser necesario para «matar» por imprudencia. En las ediciones de esta obra anteriores al nuevo CP yo me adherí a este planteamiento.[37]

37 La nueva regulación de la imprudencia en el actual CP obliga a plantear el tema de forma algo distinta. Desaparecida la cláusula general de imprudencia del anterior art. 565, ahora el Código describe la conducta de los delitos imprudentes de forma particularizada y a veces diferenciada de la prevista en los tipos dolosos. Así, mientras que el homicidio doloso lo comete «el que *matare* a otro», realiza el homicidio imprudente «el que por imprudencia grave *causare la muerte* de otro» (art. 142). Ahora bien, también es cierto que en muchos otros tipos imprudentes la ley exige «cometer» o «realizar» el hecho previsto en los tipos dolosos correspondientes —o algo similar—, lo que supone que es necesario el mismo hecho objetivo que en el tipo doloso. Y, cuando el Código utiliza para el tipo imprudente una descripción distinta —como en el caso del homicidio imprudente—, es posible y preferible interpretarla en el mismo sentido del tipo objetivo del correspondiente delito doloso.

38 Si se entendiese la expresión «causar la muerte» en un sentido literal, como exigiendo sólo la concurrencia de causalidad en sentido lógico, no cabría negar que todo interviniente que aportase una condición causal de la muerte de otro por imprudencia grave realizaría el tipo. Pero, ¿no supondría un retroceso en la evolución dogmática renunciar a delimitar normativamente la conducta típica a través de la teoría de la imputación objetiva y contentarse con la exigencia prejurídica de causalidad?— aun acompañada, por supuesto, de la necesidad de imprudencia, que no puede sustituir por completo a la de imputación objetiva—. Y uno de los elementos de la imputación objetiva, en sentido amplio, es la relación de pertenencia del hecho a título de autor. También supondría una ampliación injustificada de lo punible no admitir el principio de accesoriedad de la participación en el homicidio imprudente.

39 En el actual CP puede seguir manteniéndose, pues, la exigencia de que el hecho objetivo sea el mismo en los tipos dolosos y en los tipos imprudentes. Y un mismo tipo objetivo requiere un mismo concepto de autor. No es coherente exigir un concepto restrictivo de autor para los tipos dolosos y contentarse, en cambio, con un concepto unitario de autor para los tipos imprudentes.[38]

40 El concepto restrictivo de autor no presupone necesariamente el dolo del sujeto o algún elemento subjetivo específico como el *animus auctoris*, sino que parte del significado *objetivo* del verbo típico. Es evidente que dicha diferencia objetiva ha de encontrar reflejo en la parte subjetiva del hecho. La imputación completa del tipo doloso de autoría requiere, por consiguiente, tanto un tipo objetivo específico como un tipo subjetivo reflejo del mismo. El

37. Ver la tercera edición de esta obra, pp. 397 s.
38. En este sentido, ampliamente, Roso, Autoría y participación imprudente, pp. 305 ss.

contenido del tipo subjetivo del tipo imprudente de autoría será distinto. Pero ello no ha de oscurecer el hecho de que *lo específico* de la autoría *procede* de una diferencia en el tipo objetivo.[39] Para poner un ejemplo comparativo: la diferencia entre el delito de homicidio doloso y el de daños dolosos procede de una diferente conducta externa, aunque el contenido del dolo de ambos delitos deba reflejar dicha diferencia.

41 Pues bien, si la autoría encuentra su especificidad (la pertenencia) en la parte objetiva del hecho, dicha especificidad puede concurrir también en los hechos imprudentes. El concepto restrictivo de autor puede, pues, mantenerse no sólo en los delitos dolosos, sino también en los imprudentes. En la medida en que sean imaginables las actividades de inducción o de cooperación respecto a un hecho imprudente, los sujetos de las mismas no serán autores en sentido estricto, sino inductores o cooperadores. Ejemplo: el acompañante determina a conducir en forma imprudente al conductor, el cual atropella por ello a un peatón; el acompañante será inductor.

42 En los delitos imprudentes debe aceptarse, pues, el mismo concepto restrictivo de autor que se admite en los delitos dolosos, y también la distinción entre autores en sentido estricto y partícipes. Más discutible es si el CP 1995 permite castigar a ambas clases de intervinientes en los delitos imprudentes, o sólo a los autores en sentido estricto.[40]

43 La cuestión se plantea porque en el CP actual la imprudencia sólo se castiga cuando se halla prevista expresamente por la ley (art. 12) y los arts. 28 y 29 no se refieren expresamente a la realización por imprudencia de las conductas de participación que describen. *Por sí solos*, pues, los arts. 28 y 29 CP no permitirían castigar la participación en delitos imprudentes. Pero tampoco estos preceptos aluden a los autores (en sentido estricto) de los delitos imprudentes y, sin embargo, es evidente que éstos son punibles cuando en la Parte Especial se prevén tipos imprudentes. Pues bien, también es la redacción de los tipos imprudentes en la Parte Especial la que permite afirmar la punibilidad de la inducción y de la cooperación necesaria imprudentes. Veamos. Con frecuencia el CP 1995 requiere para los tipos imprudentes que el sujeto «cometa» el delito o hecho descrito en el tipo doloso (arts. 158, 331, 344, 532), o que lo «realice» (arts. 159, 301, 367, 467), lo «provoque» (arts. 347, 358) o «dé lugar» al mismo (art. 601), por imprudencia. Ello ha de significar que el cometer, realizar, etc., han de referirse solamente a la *parte objetiva* del tipo, puesto que sería imposible cometer el tipo *doloso* completo (incluyendo su parte subjetiva) por imprudencia. Pues bien, ¿quién «comete», «realiza», etc., por imprudencia la parte objetiva del tipo doloso? Sin duda lo hacen los autores previstos en el art. 28. Las conductas de autoría previstas en el art. 28 pueden realizarse, pues, sin dolo. *La redacción de los tipos imprudentes permite entender que las conductas previstas en el art. 28 no exigen necesariamente el dolo*. Y si esto vale para los autores en sentido estricto del párrafo 1º de dicho artículo, también puede valer para los autores *asimilados* de su párrafo 2º: los inductores y los cooperadores necesarios.

---

39. Esto es así incluso en los casos de autoría mediata en que se utiliza a una persona como instrumento que desconoce la situación: el dominio del hecho del autor mediato no procede aquí de que actúe con dolo, sino de que el instrumento desconoce la situación, ya que si éste actuara con dolo privaría al hombre de atrás del dominio del hecho y lo convertiría en partícipe pese a actuar igualmente con dolo.

40. Cree que el CP 1995 impide castigar la participación imprudente Luzón, Curso, p. 501. En contra Díez Ripollés, RDPC 1998, p. 40. Entiende que el art. 12 CP puede interpretarse tanto en el sentido de permitir la punibilidad de la participación imprudente como en el de impedirla Roso, Autoría y participación imprudente, pp. 414 s., inclinándose por la impunidad por razones político-criminales.

En efecto. El art. 28 declara que «también serán considerados autores» los inductores y los cooperadores necesarios, por lo que también cabe *considerar* que estos partícipes «cometen» el delito del que se consideran autores (cfr. *supra*, I 1). Y, como hemos visto, cuando en los tipos imprudentes se exige «cometer», «realizar», etc., el delito descrito en el tipo doloso, sólo se está requiriendo que se cometa o realice su parte objetiva. Por tanto, también habrá que *considerar* que lo hacen quienes induzcan o cooperen necesariamente a la realización de la parte objetiva del tipo, aunque lo hagan sin dolo, por imprudencia. **44**

El mismo planteamiento es extensivo a los tipos imprudentes que no requieren «cometer» el hecho objetivo del tipo doloso, sino algo similar o alguna expresión distinta —como la de «causar la muerte»— que no puede sino interpretarse como equivalente. No es posible, en cambio, considerar punible al cómplice de un delito imprudente, pues no se considera autor por la ley y no puede considerarse que comete el delito doloso ni, por tanto, tampoco el delito imprudente correspondiente. **45**

En conclusión: 1) En el CP español puede y debe mantenerse la distinción entre autoría y participación en los delitos imprudentes; 2) Son punibles la inducción y la cooperación necesaria en un delito imprudente, pero no la complicidad en el mismo. **46**

Tal planteamiento tiene la ventaja, como decíamos, de que permite mantener en los delitos imprudentes la posibilidad de distinguir según la importancia de la forma de intervención en el hecho. Así, cabrá distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria (art. 29 CP). *Ejemplo:* si alguien accede a acompañar en su coche a quien manifiesta su deseo de conducir a una velocidad inadecuada, será cooperador necesario en caso de accidente cuando sin su compañía el conductor no hubiera efectuado la «carrera», y sólo cómplice si de haber rechazado la invitación otro hubiera accedido a acompañar al chófer. La cooperación necesaria será punible si cabe en el tipo de la Parte Especial (así, si éste maneja una fórmula tan amplia como el «causar la muerte» del homicidio imprudente), mientras que la complicidad imprudente será siempre impune porque no está prevista expresamente. Por otra parte, subsistirá en los delitos imprudentes el límite de la *accesoriedad de la participación*: quien induce a otro a llevar a cabo una actividad peligrosa para éste —por ejemplo, una escalada difícil—, no podrá ser castigado como inductor si se produce un accidente, porque su cooperación tropieza con el obstáculo de la atipicidad de la conducta del inducido —matarse o lesionarse a sí mismo por imprudencia es atípico—. Cuestión distinta es si podría castigarse a aquel sujeto como autor imprudente de la muerte o lesiones de otro. Pero también esta cuestión ha de encontrar respuesta negativa, porque en la muerte co-causada por la víctima el CP sólo castiga la inducción y el auxilio doloso al suicidio. **47**

b) **La doctrina española ha objetado a la construcción de Roxin de los «delitos consistentes en la infracción de un deber»** que se opone al principio de legalidad, porque desconoce la necesidad de que en tales delitos se realicen también los actos expresamente requeridos en el tipo.[41] La validez de esta crítica depende, claro está, del concepto de «realización» de los actos típicos. Sólo será válida si ésta se entiende exclusivamente en el sentido de «ejecución material del último acto decisivo». Pero cabe pensar que el autor mediato también «realiza» el tipo. Habrá que ver, pues, si los «delitos consistentes en la infracción de un deber» pueden considerarse «realizados» en autoría mediata por el titular del deber infringido que se **48**

41. Así Gimbernat, Autor, p. 298. Cfr. también críticamente sobre la categoría de «delitos consistentes en la infracción de un deber», Muñoz Conde, en Roxin, Política criminal, p. 11.

sirve de la otra persona no obligada para la práctica material de los actos últimos necesarios para completar el tipo. La cuestión será respondida afirmativamente más abajo.

49 *Ejemplo:* El funcionario público hace destruir a su secretaria particular unos papeles que tiene confiados por razón de su cargo. El art. 413 CP castiga la destrucción de tales papeles.

II. La autoría mediata

Bibliografía

Aboso, Los límites de la autoría mediata. Criterios para la justificación de la manipulación del sujeto instrumento por parte del autor mediante, 2012; *Baumann*, Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung...?, JZ 1958, pp. 230 ss.; *Drost*, Anstiftung und mittelbare Täterschaft, ZStW 51 (1931), pp. 359 ss.; *Farré Trepat*, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa, en Estudios Penales y Criminológicos, XIII (199), pp. 43 ss.; *Gimbernat*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; *Hegler*, Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigen Handeln der Mittelperson, en Festgabe für R. Schmitt, II, 1932; *Hernández y Plasencia*, La autoría mediata en Derecho penal, 1996; Gómez Martín, "Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", RDPC, 2ª Época, 17 (2006), pp. 11 ss.; *el mismo, Los delitos especiales*, 2006, passim.; *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelnden Werkzeug, 1967; *el mismo*, Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970), pp. 896 ss.; *el mismo*, Der Anfang des Versuchs der mittelbaren Täterschaft, JuS 1985, pp. 1 ss.; *Hirsch*, Acerca de los límites de la autoría mediata, en Presupuestos para la reforma penal, Univ. La Laguna, 1992, pp. 105 ss.; *Hünerfeld*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung..., ZStW 99 (1987), pp. 228 ss.; *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *Johannes*, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigen Handeln des Werkzeugs, 1963; *Kadel*, Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, GA 1983, pp. 299 ss.; *Kühl*, Versuch in mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, pp. 361 ss.; *Küper*, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, pp. 361 ss.; *Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *Piotet*, La théorie de l'auteur médiat et le problem de l'instrument humain intentionnel, 1954; *Quintero Olivares*, Los delitos especiales y la teoría de la participación, 1974; *Rodríguez Mourullo*, El autor mediato en Derecho penal español, ADPCP 1969, pp. 461 ss.; *Schilling*, Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *Eb. Schmidt*, Die mittelbare Täterschaft, en Festgabe für Frank, II, 1930, pp. 106 ss.; *Schröder*, Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitstatbeständen, en Festschrift für H. v. Weber, 1963, pp. 233 ss.; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung, 1986; *Sippel*, Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW 1983, pp. 2226 ss.; *Sowada*, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura 1986, pp. 399 ss.

(Ver además la bibliografía de comienzo de Lección).

50 Si es autor aquél a quien puede imputarse objetivamente el hecho como *suyo*, como *propio*, no sólo es autor el ejecutor material individual, sino también el autor mediato y el coautor. Del ejecutor material individual, el supuesto más simple, ya nos hemos ocupado suficientemente en el apartado anterior. Ahora nos ocuparemos de la autoría mediata.

1. *Concepto*

51 **Es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento**.[42] Lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y a la persona de atrás. Si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es sólo partícipe (inductor), en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario.[43] La razón habrá de ser que en este caso la posición respectiva de ambos sujetos ante el hecho varía en el sentido de que el papel fundamental, el que permite imputar el hecho a alguien como autor, deja de tenerlo el realizador material para pasar a la persona de atrás. Ello puede suceder por dos clases de razones: Por una parte, porque el realizador material actúe **sin libertad o sin conocimiento** de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por la persona de atrás, coaccionando o engañando al instrumento, o utilizándole contando con su falta de libertad o su ignorancia de la situación. Ejemplo: A vierte veneno en la taza de café que B, desconocedor de ello, debe servir a C. A utiliza a B como instrumento inconsciente. Por otra parte, es posible que **la actuación del realizador material no pueda realizar el tipo** pero sí permitir que con ella la persona de atrás lesione el bien jurídico protegido.

52 *Ejemplo:* El funcionario hace destruir a su secretaria particular unos papeles confiados a aquél por razones de su cargo; el delito del art. 413 sólo puede ser cometido por un funcionario o autoridad.

53 En la mayoría de los supuestos de autoría mediata concurren a la vez los dos tipos de razones expuestas. Así, en el ejemplo del veneno la actuación de B tampoco realiza el tipo doloso de asesinato. Estos son los casos más indiscutibles de autoría mediata. Pero basta que concurra sólo una u otra razón para la autoría mediata, pues cualquiera de ellas es suficiente para determinar un especial *protagonismo fáctico o normativo* de la intervención de la persona de atrás.

54 El actual art. 28 CP prevé expresamente la figura del autor mediato al afirmar que «son autores quienes realizan el hecho... por medio de otro del que se sirven como instrumento».[44]

---

42. Cfr. por todos: Bolea, Autoría mediata, pp. 23 ss., 165 ss.; Jescheck, Tratado, p. 919; Cobo/Vives, PG, pp. 677 ss.

43. De acuerdo Bolea, Autoría mediata, p. 27. Sobre la distinción de inducción y autoría mediata, cfr. STS 15 jul. 83.

44. Cfr. 2 oct. 2001 y 13 dic. 2001.

2. *Los casos de autoría mediata*[45]

55 Puede suceder que el instrumento actúe sin acción, sin antijuridicidad o sin que pueda afirmarse la imputación personal. **Cuando no realiza un comportamiento humano no se halla justificado acudir a la autoría mediata**, pues la utilización meramente material de una persona, sin que ésta actúe como tal bajo el control de su voluntad, no tiene por qué distinguirse del empleo de otro instrumento no humano. Conviene considerar a la persona de atrás autor *directo*.[46]

56 *Ejemplo:* Alguien empuja a otro que estaba distraído al borde de una piscina y causa al caer al agua lesiones a un bañista. El que emplea la fuerza irresistible es el autor directo.

A) *Instrumento que actúa sin antijuridicidad*

57 La falta de antijuridicidad de la conducta del instrumento puede proceder de falta de concurrencia en ella del tipo o por existir alguna causa de justificación. A su vez la falta de tipo puede provenir de su parte objetiva o de su parte subjetiva.

a) *Falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo*

58 El instrumento puede obrar atípicamente, en este sentido, por engaño, por violencia o por inidoneidad para ser autor del delito. Ejemplo de **engaño**: A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole esta circunstancia y produciéndole de esta forma la muerte; B no realiza el tipo objetivo del homicidio ni ningún otro, porque el matarse a sí mismo es atípico. Ejemplo de **violencia**: En los campos de concentración nazis se obligaba a los presos a permanecer largo tiempo en agua helada, lo que les producía lesiones; el autolesionarse también es atípico. Ejemplo de **inidoneidad del instrumento para ser autor («instrumento doloso no cualificado»)**: La secretaria particular del funcionario público destruye a solicitud de éste papeles que el mismo tiene confiados por razón de su cargo; según el art. 413 CP sólo comete delito el *funcionario* o la autoridad que realiza la mencionada conducta, y la secretaria no posee dicho carácter público. En todos estos casos sólo puede imputarse el hecho a la persona de atrás, como autor mediato. Si no se le considerara autor, resultaría una absurda impunidad del mismo, que no podría ser castigado como partícipe (inductor) del instrumento porque éste no realiza ningún hecho antijurídico en el que participar (**principio de accesoriedad de la participación**).

---

45. Ver Bolea, Autoría mediata, pp. 173 ss.

46. Así Rodríguez Mourullo, I, pp. 845 s.; Quintero Olivares, Delitos especiales, pp. 95 ss.; Cobo/Vives, PG p. 678. Parece también favorable Gimbernat, Autor, pp. 220 ss., 222.

59 Un sector de la doctrina española niega, pese a ello, la posibilidad de autoría mediata en el supuesto del «instrumento doloso no cualificado», alegándose que un tal instrumento no actúa sometido al hombre de atrás, sino con plena libertad.[47] Esta crítica es comprensible desde la concepción de la autoría basada en un dominio del hecho entendido como «control del hecho». Ciertamente, la influencia del funcionario en la producción fáctica del hecho no es mayor, en términos de control del hecho, por la circunstancia de que el mediador no sea también funcionario. Desde el prisma del control del hecho, el papel del funcionario de atrás es el mismo. ¿Por qué considerarle «inductor» si el mediador es un sujeto cualificado (funcionario) y, en cambio, «autor mediato» si no lo es?

60 Muy distinta es la perspectiva aquí propuesta. Entendemos la autoría como una relación de *pertenencia del delito*, que concurre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele *(el delito, no sólo su realización fáctica)* como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo (cfr. *supra*, I, 4 D). En los dos casos acabados de comparar el funcionario de atrás es *causa* del hecho —sin él no se hubiera producido la actuación del mediador—, el hecho constituye realización del riesgo típicamente relevante que supone la conducta del funcionario *(imputación objetiva del resultado)*: ello constituye una base objetiva suficiente para imputar a éste el delito como autor si otro sujeto, el mediador, no puede serlo. Si, además, concurre dolo en el funcionario, le será objetiva y subjetivamente imputable el delito doloso. Y ello es necesario porque, en la medida en que haya algún sujeto causante del hecho a cuya conducta pueda imputarse objetiva y subjetivamente el delito, éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisible laguna: pese a serle imputable objetiva y subjetivamente la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune.[48]

61 La doctrina que exige el control efectivo del hecho que normalmente posee el autor, olvida, por otra parte, que —contra lo que suele pensarse— dicho control efectivo no se da tampoco en casos tan indiscutidos como el de utilización de un instrumento que sólo actúa sin conocimiento. Así, en el ejemplo del que echa veneno en la bebida que ha de servir alguien que desconoce tal circunstancia, la persona de atrás no ejerce ninguna influencia sobre el instrumento, que en realidad no actúa *dominado* por el primero. Nada le impediría, por ejemplo, dejar de servir la bebida (por la razón que fuera). Si no es autor no es porque esté dominado por la persona de atrás, sino porque, por su falta de conocimiento suficiente del hecho, no se le puede imputar el delito. Sólo esta razón explica, también aquí, que la persona de atrás sea autor y no cooperador, como lo sería si, *haciendo lo mismo* (echar el veneno), el servidor conociera su intervención.

---

47. Así Antón Oneca, PG, pp. 436 s.; Gimbernat, Autor, pp. 261 s.; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, pp. 470 ss.; Quintero Olivares, Delitos especiales, pp. 90 ss.; Ruiz Antón, Agente, p. 167; Cobo/Vives, PG, p. 678; Díaz y García, Autoría, pp. 618 ss.; Bolea, Autoría mediata, p. 437.

48. Cfr. más ampliamente Mir Puig, Adiciones, pp. 934 s. La construcción es aplicable no sólo a los delitos especiales propios, sino también a los impropios: cfr. Hirsch, Acerca de los límites, p. 119. Sobre posibles consecuencias en delitos especiales impropios cfr. infra, Lec. 15, II, 3C. En la doctrina se han propuesto otras vías para evitar la impunidad del *intraneus* en estos casos: desde la construcción de los *«delitos consistentes en la infracción de un deber»* de Roxin, Täterschaft, pp. 352 ss., hasta la aplicación aquí de la figura del *«actuar por otro»* del art. 31 CP, como defiende Gracia, Actuar en nombre de otro, pp. 111 ss., 116, seguido por Hernández Plasencia, Autoría mediata, pp. 314, 318, o la consideración de que el sujeto cualificado puede y debe responder, como garante, en *comisión por omisión*, como estima Bolea, Autoría mediata, pp. 442.

b) *Falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo*

62 Dos supuestos son aquí posibles: Por una parte, que **el instrumento actúe *sin dolo*** y, por otra, que **falten en el mismo los elementos subjetivos del injusto** requeridos por el tipo, cuando ambas cosas concurren en la persona de atrás.

63 *Ejemplo* de instrumento *sin dolo*: Alguien introduce en el vehículo de un amigo que lo desconoce una importante cantidad de dinero, con objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así a la ilícita evasión del capital.[49]

64 *Ejemplo* de instrumento *sin elementos subjetivos del tipo*: A se hace tomar por su criado B los gansos del corral vecino; aunque B conoce la ajenidad de los gansos no los toma con «ánimo de lucro» como exige el hurto.

65 Este segundo caso (llamado del **«instrumento doloso sin intención»**) se rechaza por un sector doctrinal español, por la misma razón que se opone a la figura del «instrumento doloso no cualificado»: porque el mediador actúa libremente y con conocimiento de la situación.[50] Esto no es argumento decisivo desde el prisma aquí adoptado (cfr. *supra, a*). Sólo sería suficiente la demostración de que en casos como el del ejemplo propuesto puede considerarse que el mediador sí realiza el tipo. Es lo que sostiene Gimbernat, siguiendo a Maurach y Roxin, en el clásico caso planteado del hurto de los gansos. Entienden que el hurto no requiere el ánimo de quedarse la cosa para sí, sino que basta tomarla con la intención de *disponer* de ella (por ejemplo, para regalarla), que es lo que en el ejemplo considerado haría el criado al entregar los gansos a su principal.[51]

66 Pero no siempre será posible esta solución. Supongamos que el criado no sabe que el señor pretende quedarse con los gansos. Pese a ello seguirá tomando los gansos ajenos dolosamente, pero sin ánimo de apropiación. Aquí será innegable la autoría mediata[52].

---

49. De un caso de presentación en juicio de documentos inauténticos a través de otra persona que actúa sin dolo se ocupa la STS 22 abr. 88. Ver también los casos de las SSTS 704/2002 de 22 abr. y 499/2004 de 23 abr.

50. Cfr. Gimbernat, Autor, p. 227; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, pp. 469 ss.; Quintero Olivares, Delitos especiales, p. 99.

51. Cfr. Gimbernat, Autor, p. 227.

52. Porque el criado no tiene la tenencia de la cosa ni es un servidor de la tenencia ajena. Si sucediera una de estas dos otras cosas podría calificarse el hecho como delito de estafa en autoría directa del que engaña al tercero, pues en este delito el engañado puede ser distinto al sujeto pasivo: así Welzel, Lb, p. 372.

c) *Concurrencia de causas de justificación*

Cuando el instrumento actúa al amparo de una causa de justificación se habla de **instrumento que actúa justificadamente**.[53] 67

Ejemplo: Alguien interpone una denuncia falsa en contra de un enemigo, pero rodeada de una apariencia tal de veracidad que obliga a la Policía a detener de buena fe al denunciado. La Policía actúa justificadamente, en cumplimiento de su cargo (art. 20, 7º CP), pero está siendo utilizada como instrumento por el denunciante, que es autor mediato del delito de detenciones ilegales.[54] Lo mismo sucede cuando el funcionario cumple una orden delictiva no manifiestamente antijurídica, que ha sido dictada dolosamente por el superior competente y con arreglo a las formalidades legales, supuesto en que existe deber de obedecer (*arg. ex* art. 410, 2 CP).[55] 68

En este último caso, por ejemplo, si la orden injustamente impartida es de detención, constituirá frente al detenido una *agresión ilegítima* procedente del que imparte la orden, en autoría mediata, aunque el funcionario que cumple la orden actúe justificadamente. Si el particular se defiende, se planteará un caso de defensa que recae sobre un tercero no agresor (el instrumento). (Como cuando para repeler la agresión de A, B tiene que lesionar necesariamente al tercero C, que se encuentra entre los dos primeros.) Puesto que hay que decidir entonces entre dos sujetos que se encuentran ante una misma situación ante el Derecho —ninguno de ellos actúa antijurídicamente—, habrá que respetar los límites del estado de necesidad (estricta ponderación de males) (cfr. *infra*, Lec. 17, I 2 Aa). 69

B) *Instrumento que actúa sin posibilidad de imputación personal* [56]

Se plantea este supuesto cuando alguien se sirve para la comisión de un delito de un **inimputable**, o de quien actúa por **miedo insuperable** o en **error de prohibición**. La utilización de un inimputable puede basarse en la previa provocación intencional de la inimputabilidad por parte de la persona de atrás o suponer simplemente un aprovechamiento de la inimputabilidad ya existente en el instrumento. Ejemplo de provocación: alguien emborracha a otro plenamente 70

53. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, p. 924; Herzberg, Mittäterschaft, pp. 28 ss.

54. Cfr. no obstante, Gimbernat, Autor, pp. 227 s., donde contempla la STS 5 dic. 59, la cual consideró en un caso así inaplicable el anterior art. 482 CP (actual art. 163, 4. CP), referido a la detención en forma de «aprehensión por un particular». Pero ningún autor mediato realiza por sí mismo, sino a través de otro, actos ejecutivos típicos.

55. Aunque considerando la obediencia debida como causa de exclusión de la culpabilidad, la STS 20 febr. 76, admite la autoría en un delito imprudente en quien da la orden. Igual con instrumento que actúa en estado de necesidad: STS 9 mar. 78. Ver también STS 415/2005 de 23 mar.

56. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, pp. 925 s.

para que delinca; ejemplo de aprovechamiento: utilizar a un niño de corta edad para que cause un incendio. El caso típico de instrumento que obra por miedo insuperable es el de quien le causa el miedo para que delinca. El supuesto de error de prohibición se da cuando alguien provoca o aprovecha la creencia en otra persona (p. ej., un extranjero) de que el hecho no lesiona ningún bien jurídicamente protegido, o le hace creer fundadamente, p. ej., que tiene derecho a realizar el hecho.

71 En cuanto se entiende que el instrumento actúa en todos estos casos antijurídicamente, no sería necesaria a efectos de punibilidad la autoría mediata. El art. 28 CP castiga al inductor igual que al autor, y cabría considerar a la persona de atrás como inductor del hecho antijurídico realizado. La presencia de antijuridicidad en la conducta del mediador permitiría esta consideración de partícipe (el inductor lo es) a la persona de atrás, sin vulnerar el principio de accesoriedad de la participación. Mas la doctrina alemana entiende que la posición de inculpabilidad del ejecutor lo subordina al que la utiliza, sobre todo cuando éste la ha provocado intencionalmente. Ello haría preferible la atribución del papel de autor a la persona de atrás.

3. *Tentativa y omisión en la autoría mediata*

72 A) ¿**Cuándo empieza la tentativa** en la autoría mediata? ¿En el momento en que la persona de atrás realiza su parte, o cuando el instrumento se pone a realizar los actos decisivos? Roxin propone una fórmula diferenciadora que acoge un sector de la doctrina alemana: en los casos en que escapa al autor mediato el *control* del intermediario, la tentativa empieza para aquél a partir de entonces, mientras que no comienza hasta el final en los supuestos en que el autor mediato mantiene el control del instrumento durante la intervención de éste.

73 *Ejemplo:* La mujer que ha echado veneno en la sopa del marido puede hacer dos cosas: o bien marcharse y esperar que el marido se tome la sopa, o bien quedarse vigilando —aunque no haga nada más— en espera de que la tome; en el primer caso la tentativa empezaría al dejar servida la sopa, pero en el segundo habría que esperar hasta el momento en que el marido (el instrumento) se la tomara.[57]

74 Me inclino a pensar que la tentativa debe empezar **siempre cuando el autor mediato pone en marcha el proceso** que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento.[58] En el ejemplo considerado, cuando la mujer sirve la sopa, con independencia de si a continuación se marcha o se queda vigilando. La solución diferenciadora de Roxin no me parece justificada, porque el control que supone la mera *posibilidad* de intervenir en el hecho hasta el último

57. Cfr. Roxin, JuS 1979, p. 9.

58. Así Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, pp. 424 s.; Cobo/Vives, PG p. 519. También, aunque sugiriendo también otra interesante posibilidad más matizada, Farré Trepat, Estudios Penales y Criminológicos, XIII (1990), pp. 79 ss.

momento, no implica realización efectiva de actos ejecutivos sino sólo de su posibilidad. Aunque la mujer que deja dispuesta con veneno la sopa que debe servirse su marido se quede observando los hechos por si es necesario asegurar activamente el resultado, no por eso habrá dejado de finalizar su intervención ejecutiva al dejar dispuesta la sopa si no resulta precisa su ulterior intervención: sólo el marido habrá realizado los actos consumativos decisivos. Siendo así, no puede decirse que en tal caso la mujer haya mantenido el «dominio del hecho» entendido como una «parte de la ejecución» (y no sólo como posibilidad de interrumpirla, que no basta: cfr. supra I 4 Cb). La única forma de sostener lo contrario sería concibiendo este plan ejecutivo como de omisión y ello es insostenible porque el mismo incluye actos dolosos positivos como los de verter el veneno que determinan positivamente el resultado (cfr. *supra* la Lección 12, III: «criterio de la causalidad» para la distinción de acción y omisión).

75 Ahora bien: si la mujer terminó su parte de la ejecución al dejar la sopa, no puede empezar después la fase ejecutiva. Y ello aunque luego se vea obligada a intervenir activamente para conseguir que su marido ingiera el veneno, pues entonces la ejecución proseguirá pero no anulará los actos ejecutivos ya efectuados. Ocurre aquí lo mismo que en el supuesto de quien dispara sobre otro y espera un rato con objeto de asegurarse de que la herida le produce la muerte, lo que no sucede y le determina a volver a disparar: el segundo disparo prolongará la ejecución que de otro modo quedaría ya cerrada, pero no podrá anular el hecho de que el primer disparo *ya inició* la ejecución.

76 Finalmente, a favor de considerar que la tentativa empieza cuando el autor mediato realiza la parte decisiva de su intervención puede alegarse que de otro modo resultaría más benévolamente tratada dicha actuación decisiva del autor mediato que la tentativa de inducción. Si no se admite que aquella intervención del autor mediato constituya ya tentativa punible, no podrá explicarse que en cambio se castigue (en España como proposición para delinquir) el intento de inducción[59].

77 B) Si se quiere mantener **en los delitos de omisión** la diferencia entre autoría y participación —lo que resulta obligado por el concepto restrictivo de autor que maneja el CP— (cfr. supra I 3), *nunca* puede considerarse autor directo de comisión por omisión a quien no impide que *otro cometa* un delito.[60] De ello derivaría la necesidad de admitir la autoría mediata por omisión, que habría que diferenciar de la cooperación, necesaria (art. 28, b CP) o no (art. 29 CP), por omisión, según concurran o no los presupuestos generales de la autoría mediata.

4. *Límites de la autoría mediata*

78 La autoría mediata, en cuanto autoría que es, exige en el sujeto la concurrencia de las condiciones requeridas por el tipo para ser autor. De ahí que los **«delitos especiales»** —los que sólo pueden cometer determinados sujetos— no

59. Plantea una comparación parecida Herzberg, ZStW 99 (1987), p. 66.

60. Así Maurach, Tratado II, p. 327; Schmidhäuser, Lb. (1975), p. 206. En contra, admitiendo siempre autoría directa en estos casos, un importante sector de la doc. alemana: cfr. Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, p. 294; Welzel, Lb. p. 206; Roxin, Täterschaft, p. 471, 6ª ed.: 669 ss.; Jescheck, Tratado, p. 831. En nuestro país Silva, CPC 1989, pp. 385 ss., ha analizado las diversas posturas desarrolladas en Alemania, inclinándose por admitir la autoría de quien no impide que otro cometa un delito, con algunas excepciones y matizaciones.

puedan ser cometidos en autoría mediata por quien no reúna la cualificación necesaria.[61] En cambio, sí cabe en tales delitos la autoría mediata por parte de un sujeto cualificado que utiliza a otro no cualificado como instrumento. En los **«delitos de propia mano»** —que requieren una realización personal— no cabe en ningún caso la autoría mediata: aquí no es posible la realización del hecho mediante un instrumento.[62] Se discute, por último, si cabe la autoría mediata en los **delitos de conducta determinada**, inclinándose por la negativa un sector de la doctrina española.[63]

79 *Ejemplos:* No cabe la autoría mediata de prevaricación por parte del particular que engaña a un Juez y le determina a dictar sentencia injusta, mientras que el funcionario sí puede ser autor mediato del delito del art. 413 utilizando a un particular para que destruya documentos a aquél confiados por razón de su cargo. No puede cometerse en autoría mediata el delito de bigamia forzando a otro a contraer segundo matrimonio.

61. Cfr. Gimbernat, Autor, pp. 229 ss.; Quintero Olivares, Delitos Especiales, pp. 105 s.; Córdoba Roda, Notas, II, pp. 312 s.; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, p. 477; Gómez Martín, "Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", RDPC, 2ª Época, 17 (2006), pp. 11 ss.; *el mismo, Los delitos especiales*, 2006, passim.

62. Así Gimbernat, Autor, pp. 242 ss.; Quintero, Delitos especiales, pp. 106, 106, 108; Córdoba, Notas, II, p. 312 s.; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, p. 477. Rechazan la categoría de los delitos de propia mano y, por tanto, la imposibilidad de autoría mediata en los mismos Maqueda, Delitos de propia mano, pp. 110 ss.; Gómez Martín, RDPC, 2066 (17), pp. 11 ss. También críticamente SSTS 1124/2005 de 3 oct., 1538/2005 de 27 dic., 37/2006 de 25 en., 488/2006 de 8 mayo, 552/2006 de 16 mayo, 327/2007 de 27 abr., 702/2006 de 3 jul., 845/2007 de 31 oct., 919/2007 de 20 nov. y 1100/2007 de 27 dic.

63. Así Gimbernat, Autor, pp. 224 ss. Admite en estos casos la autoría mediata. Quintero, Delitos especiales, p. 110. También Cobo/Vives, PG p. 679.

Lección 15.
TIPOS DE AUTORÍA Y TIPOS DE PARTICIPACIÓN: COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Bibliografía

Ambos, La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales, en RDPCr nº 8 (2001), pp. 195 ss.; *Amelung*, Sobre el baremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias, Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, 1995, pp. 323 ss.; *Baldó*, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP 1989, pp. 1091 ss.; *Baldó y otros*, Autoría o participación en determinados supuestos de «vigilancia», en PJ, nº 27, pp. 189 ss.; *Bemmann*, Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise, en Festschrift für Gallas, 1973, pp. 273 ss.; *Bindokat*, Negative Beihilfe und vorausgegangenen Tun, NJW 1960, pp. 2319 ss.; *el mismo*, Fahrlässige Beihilfe, JZ 1986, pp. 421 ss.; *Blanco Cordero*, El error *in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor, LH Barbero Santos, (Vol. I) 2001, pp. 823 ss.; *el mismo*, Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, 2001; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *Boldova*, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, 1995; *Bolea*, La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial, 2004; *Busse*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, (tesis), Göttingen 1974; *Califano*, L'agente provocatore, 1964; *Caro John*, Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso, en LH al Prof. G. Jakobs en su 70 aniversario, 2008; *Class*, Die Kausalität der Beihilfe, en Festschrift für U. Stock, 1966, pp. 115 ss.; *Corcoy*, Responsabilidad penal de los menores. En particular, disfunciones en supuestos de participación delictiva conjuntamente con adulto, en Derecho penal y psicología del menor, 2007; *la misma*, Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Cuello Contreras*, ¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?, en CPC (106) 2012; *Cuenca García*, Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva, en RP (32) 2013; *Derksen*, Heimliche Unterstützung fremdlicher Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, pp. 163 ss.; *Díaz y García*, Inducción o autoría mediata en malversación impropia, La Ley 1986-4, pp. 522 ss.; *el mismo*, La autoría en Derecho penal, 1991; *el mismo*, «Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación? Reeflexiones sobre el concepto de autoría, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 295 ss.; *el mismo*, ¿Son el dominio funcional del hecho y sus elementos criterios válidos para delimitar la coautoría, la ccoperación necesaria y la complicidad?, RDPCr nº 8, pp. 357 ss., 2001, nº 9, pp. 303 ss., y 10, 2002, pp. 403 ss.; *el mismo*, ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, en Libro Homenaje al Prof. J. Cerezo Mir, 2002; *el mismo*, La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas: consideraciones críticas, Nuevo foro penal, 2011 (trad. al alemán en, Der Einfluss der Roxinschen Tätcrschaftstheorie (insbesondere betreffend die Mittäterschaft) auf die spanische Rechtslehre und Rechtsprechung: Kritische Betrachtungen, en GA (5) 2011); *Diel*, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1997; *Díez Ripollés/Gracia Martín*, Delitos contra bienes

jurídicos fundamentales, 1993; *Dreher*, Kausalität der Beihilfe, MDR 1972, pp. 553 ss.; *Escrivá Gregori*, La participación del «extraneus» en el parricidio y del «intraneus» en el homicidio, en Estudios jurídicos en honor del prof. Pérez-Vitoria, 1983, pp. 224 ss.; *A. Eser*, Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1958, pp. 321 ss.; *Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für Frank, 1930, I, pp. 569 ss.; *Feijóo*, La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español: reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 229 ss.; *el mismo*, Límites a la participación criminal: ¿existe una «Prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?, 1999; *el mismo*, Una polémica doctrinal interminable: ¿son atípicas en el derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?, en *La Ley*, 2000-1, pp. 1600 y ss.; *Ferré Olivé*, Autoría y delitos especiales, LH Barbero Santos, (Vol. I) 2001, pp. 1013 ss.; *De Figueiredo Dias*, Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el Dominio de la Organización, en Delincuencia organizada, (Ferré Olivé/Anarte Borrallo eds.), 1999, pp. 99 ss.; *Fincke*, Der Täter neben dem Täter,GA 1975, pp.161 ss.; *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs, NJW 1979, pp. 2014 ss.; *Fuentes Osorio*, Reflexiones sobre la tentativa de inducción imposible y el omnimodo facturus, en Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho, 3/2007; *García del Blanco*, La coautoría en Derecho penal, 2006; *la misma*, El mutuo acuerdo: problemas de imputación objetiva y subjetiva en la coautoría, en *Cuerda Riezu* (dir.), La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos, 2006, pp. 285 ss.; la misma*, Las agresiones en grupo en la jurisprudencia del TS*, en RDPC, 17, 2006, pp. 315 ss.; *García Valdés*, Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delito provocado..., en Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la salud pública, 1993, pp. 237 ss.; *Gili*, Consideraciones sobre el concepto de accesoriedad en el encubrimiento, CPC nº 61 (1997); *el mismo*, La eficacia en el desistimiento del partícipe, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *Gimbernat*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; *el mismo*, El sistema del Derecho penal en la actualidad, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981, pp. 83 ss.; *Gómez González*, Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial, 2001; *Gómez Martín,* Los Delitos Especiales, 2003 *(on line* en http://www.tdx.cesca.es/TESIS/UB/AVAILABLE//TDX-0401103-111032/TESIC); Buenos Aires 2006; *el mismo*, Los delitos especiales, 2003. en www.tdx.cesca.es ; *el mismo,* La doctrina del "*delictum sui generis*":¿queda algo en pie?, en RECPC 07-06 (2005) (http://criminet.ugr.es/recpc); *el mismo,* "Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", RDPC, 2ª Época, 17 (2006), pp. 11 ss.; el mismo, "El delito urbanístico (art. 319 CP): ¿delito común o especial?". RDUMA, 223 (2006), pp. 11 ss.; el mismo, "Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de *extraneus*", ADPCP, LX, 2007, pp. 539 ss.; el mismo, "La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP", en LH-Cobo del Rosal, 2005, pp. 421 ss. (= en Mir - Corcoy (dirs.) / Gómez (coord.), Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*,* 2006, pp. 49 ss.; *el mismo,* en Mir Puig– Corcoy Bidasolo (dirs.) / Gómez Martín (coord.), Política criminal y reforma penal, 2007, pp. 153 ss*.); el mismo,* Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?*,* 2006, passim; *el mismo, Los delitos especiales*, 2006, *passim*.; el mismo, "Sobre el fundamento material de los delitos especiales", RDP, 2006-1 (Autoría y Participación-III), pp. 33 ss.; el mismo, "¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?", en Salazar Sánchez (coord.), Dogmática actual de la autoria y la participación criminal, 2007, pp. 324 ss.; el mismo, "¿Es el delito urbanístico un delito especial? (art. 319 CP)", en Serrano Piedecasas - Demetrio Crespo (dirs.): Cuestiones actuales de Derecho penal económico, 2008, pp. 277 ss.; el mismo, "El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas", en Mir Puig - Corcoy Bidasolo (dirs.) / Hortal Ibarra (coord.), Protección penal de los derechos de los trabajadores, 2009, pp. 227 ss.; el mismo, "Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria", RECPC (14) 2012; *Gómez Pavón*, El encubrimiento, 1988; *Gómez Tomillo*, Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico-penal de la complicidad sucesiva, en RDPCr nº 10, 2002; *Gössel*, Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt, en Festschrift für Lage, 1976, pp. 219 ss.; *el mismo*, Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 537 ss.; *Grünwald*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, pp. 110 ss.; *Gutiérrez Rodríguez*, La responsabilidad penal del coautor, 2001; *Hardwig*, Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe, GA 1954, pp. 353 ss.; *Herzberg*, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, pp. 1 ss.; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *el mismo*, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 (1987), pp. 49 ss.; *el mismo*, Anstiftung zur unbestimmten Haupttat, JuS 1987, pp. 617 ss.; *el mismo*, La inducción

a un hecho principal indeterminado (Gómez Rivero trad.), ADPCP 1995, pp. 553 ss.; *Höpfel*, Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ 1982, pp. 314 ss.; *Hruschka*, Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe, JR 1983, pp. 177 ss.; *el mismo*, Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias, trad. de Sánchez-Ostiz, RDPCr., 2000, pp. 189 y ss.; *Hünerfeld*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung..., ZStW 99 (1987), pp. 229 ss.; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, 1992; *Jakobs*, Akzessorietät. Zu den Vorausetzungen gemeinsamer Organisation, en GA, 1996, pp. 253 y ss.; *el mismo*, Mittäterschaft als Beteiligung, en Festschrift für I. Puppe zum 70. Geburtstag, 2011; *Jescheck*, Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft im deutschen Strafrecht, SchwZStr 71 (1956), pp. 225 ss.; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Kielwein*, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, pp. 233 ss.; *Küper*, Der «agent provocateur» im Strafrecht, GA 1974, pp. 321 ss.; *el mismo*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978; *el mismo*, Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, JZ 1981, pp. 568 ss.; *Küpper*, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993), pp. 295 ss.; *Lesch*, Die Begründung mittäterschaftliche-Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZsTW 105 (1993), pp. 271 ss.; *el mismo*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992; *el mismo*, ¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?, RPJ (57) 2000, pp. 83 ss.; *Less*, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69 (1957), pp. 43 ss.; *López Barja*, La participación y los delitos especiales, en Problemas de autoría, CDJ 1994, pp. 137 ss.; *López Pelegrín*, La complicidad en el delito, 1997; *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967; *el mismo*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, en Festschrift für Peters, 1974, pp. 349 ss.; *el mismo*, Die V-Leute-Problematik, Jura 1985, pp. 113 ss.; *Luzón Peña*, La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, en Poder Judicial 1986, pp. 73 ss.; *Marín*, La atenuación de la pena del partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las sentencias del TS de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994, AP nº 2/8, 14 en. 1996; *Martin*, Zur Frage der Zurechnung bei sukzessiver Mittäterschaft, NJW 1953, pp. 288 ss.; *el mismo*, Beihilfe zur Anstiftung, DRiZ 1955, pp. 290 ss.; *Martínez-Buján*, La expansión de las formas preparatorias y de participación, en RP (21) 2008; *De La Mata*, Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva..., 1989; *el mismo*, La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados, en Asúa Batarrita (ed.), Delitos contra la Administración Pública, 1997, pp. 95 ss.; *H. Mayer*, Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, en Festschrift für Th. Rittler, 1957, pp. 243 ss.; *P. Merkel*, Anstiftung und Beihilfe, en Festgabe für Frank, II, 1930, pp. 134 ss.; *D. Meyer*, Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung, (tesis), Hamburg, 1973; *el mismo*, Anstiftung durch Unterlassen?, MDR 1975, pp. 982 ss.; *el mismo*, Zum Problem der Kettenanstiftung, JuS 1973, pp. 755 ss.; *J. Meyer*, Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 1311 ss.; *M. K. Meyer*, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, pp. 252 ss.; *Mir Puig*, Los términos «delito» y «falta» en el Código penal, ADPCP 1973, pp. 319 ss.; *el mismo*, La infracción penal, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 499 ss.; *Mira*, ¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?, EPCri (XXII) 2000, pp. 105 ss. *Miró Llinares*, Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito, 2009; *el mismo*, ¿Dime qué sabes y te diré de qué respondes?: el dolo del cooperador necesario en el moderno Derecho penal, Diario La Ley, 2013; *el mismo*, Responsabilidad penal del partícipe y conductas ¿neutrales?, RDPC, 2014; *Montañés*, Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados, en RDPCr 2000, pp. 171 ss.; *Montenbruck*, Abweichung der Teilnahmevorstellung von der verwirklichten Tat, ZStW 84 (1972), pp. 233 ss.; *Muñoz Sánchez*, El agente provocador, 1995; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993; *el mismo*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, 1993; *el mismo*, Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal, trad. de Robles Planas, RPJ, nº 53, 1999, pp. 153 y ss.; *Nagler*, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903; *Naucke/Otto/Jakobs/Roxin*, La prohibición de regreso en Derecho penal, trad. de *Cancio/Sancinetti*; Bogotá 1998; *Oehler*, Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA 1954, pp. 33 ss.; *Olmedo*, La inducción como forma de participación accesoria, 1999; *Otto*, Straflose Teilnahme, en Festschrift für Lange 1976, pp. 197 ss.; *el mismo*, Anstiftung und Beihilfe, JuS, 1982, pp. 557 ss.; *el mismo*, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, pp. 47 ss.; *Peñaranda Ramos*, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, 1990; *el mismo*, Concurso de leyes, error y participación en el delito, 1991; *el mismo*, Autoría y participación en la empresa, en Demetrio/Serrano-Piedecasas (dirs.), Cuestiones actuales de derecho penal económico, 2008; *el mismo*, Die Wirkung des error in persona des Täters auf die Haftung

des Anstifters: zur Möglichkeit einer ausreichend differenzierten Lösung, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Pérez Alonso*, La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho penal, 1998; *Pérez Manzano*, Autoría y participación imprudente en el CP de 1995, 1999; *la misma*, La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995, RDPCr (nº extra) 2000, pp. 139 ss.; *Plate*, Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW 84 (1972), pp. 294 ss.; *Portilla*, La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, LH Torío López, 1999, pp. 439 ss.; *Puppe*, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, pp. 101 ss.; *el mismo*, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, en GA 3/2004; *Reyes Alvarado,* Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung, en Festschrift für Jakobs, 2007; *Del Río*, La autoría en organizaciones complejas, en Fenómenos delictivos complejos, CDJ 1999, pp. 197 ss.; *Robles Planas*, Participación en el delito e imprudencia, en RDPC, nº 6, 2000, pp. 223 y ss.; *el mismo*, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003; *el mismo*, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, 2007; *el mismo*, Zwischen Beihilfe zur Tat und unterlassener Hilfeleistung: Zugleich ein Beitrag über die Verletzung der Solidaritätspflichten im Strafrecht, GA, 2008; *el mismo*, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito: (El ejemplo de la intervención por omisión), InDret 2/2012 (trad. al alemán en, Die zwei Stufen der Beteiligungslehre - am Beispiel der Beteiligung durch Unterlassen, GA, 2012); *el mismo*, Imputación en la empresa y conductas neutrales, en Silva/Miró (dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013; *Roca de Agapito*, Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal, 2013; *Rogall*, Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, GA 1979, pp. 11 ss.; *Rogat*, Die Zurechnung bei der Beihilfe: zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB*,* 1997; *Del Rosal Blasco*, Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, CPC nº 4 (1990), pp. 97 ss.; *el mismo*, La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el CP, Cuadernos de Derecho penal, 1995; *Roso*, Autoría y participación imprudente, 2002; *Roxin*, Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, pp. 519 ss.; *el mismo*, Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung, JA 1979, pp. 169 ss.; *el mismo*, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, RP (2) 1998, pp. 61 ss.; *el mismo*, Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, (Castiñeira trad.), en Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 157 ss.; *el mismo*, Zum Ausscheiden eines Mittäters im Vorbereitungsstadium bei fortwirkenden Tatbeiträgen, NStZ, 2009*; Rudolphi*, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, en Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 369 ss.; *el mismo*, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 559 ss.; *Rueda*, Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública, en RDPCr nº 8 (2001), pp. 127 ss.; *la misma*, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, 2013; *la misma*, La cooperación por omisión en un delito de acción doloso y la determinación de su identidad con la cooperación activa: una propuesta, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Ruiz Antón*, El fundamento material de la pena en la participación, CPC nº 11 (1980), pp. 47 ss.; *el mismo*, El agente provocador en el Derecho penal, 1982; *el mismo*, El delito provocado, construcción conceptual de la jurisprudencia del TS, ADPCP 1982, pp. 119 ss.; *el mismo*, Del agente provocador y del delito provocado, Cuadernos de Derecho penal, nov. 1994; *Rutkowski*, Die psychisch vermittelte Kausalität, NJW 1952, pp. 606 ss.; *Sáinz-Cantarero Caparrós*, La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995, 2001; *Salomon*, Vollendete und Versuchte Beihilfe, (tesis), Göttingen, 1968; *Samson*, Die Kausalität der Beihilfe, en Festschrift für Peter, 1974, pp. 121 ss.; *Sánchez Lázaro*, Intervención delictiva e imprudencia, 2004; *el mismo*, Injusto y participación, InDret 2008; *el mismo*, Deconstruyendo la Participación, en InDret 4/2010; *Sánchez-Ostiz*, Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría, AP, nº 3, 13-19 en. 1997; *el mismo*, ¿Encubridores o cómplices?, 2004; *Sánchez-Vera*, En los límites de la inducción, en InDret 2/2012; *Sancinetti*, El ilícito propio de participar en el hecho ajeno: Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación, Bogotá, 1996; *Santana Valdagua*, O início da tentativa do co-autor no direito penal alemao, separata de la Revista da Facultade de Direito, Lisboa, 1988; *Sax*, Zur Problematik des «Teilnehmerdelikts», ZStW 90 (1978), pp. 927 ss.; *Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980; *el mismo*, Anstiftung oder Beihilfe, JuS 1986, pp. 933 ss.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung, 1986; *el mismo*, Die «rechtswidrige» Haupttat als Gegenstand des Teilnahmevorsatzes, en Festschrift für Stree und Wessels, 1993, pp. 383 ss.; *Schwarzburg*, Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Provokation, 1991; *Schwind*, Grundfälle der «Kettenteilnahme», MDR 1969, pp. 13 ss.; *Seebald*, Teilnahme am Erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, pp. 161 ss.; *Serrano*, El encargo de contratar un ejecutor, ¿participación en la inducción o participación en el hecho principal?,

en CPC (99) 2009; *Silva*, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras complejas, en Empresa y delito en el nuevo CP, CDJ, 1997, pp. 11 ss.; *Sommer*, Verselbständigte Beihilfehandlungen und Straflosigkeit des Gehilfen, JR, 1981, pp. 490 ss.; *el mismo*, Das tatbestandslose Verhalten des agent provocateurs, JR 1986, pp. 485 ss.; *Soto Nieto*, Coautoría. Plurales intervinientes en la realización del delito. Funciones de planificación, organización y dirección, La Ley 1999; *el mismo*, Participación del *extraneus* en delitos especiales, La Ley 2000; *Sowada*, Die «notwendige» Teilnahme» als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992; *Spendel*, Beihilfe und Kausalität, en Festschrift für Dreher, 1977, pp. 167 ss.; *Stoffers*, Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht, Jura 1993, pp. 11 ss.; *Erika Stork*, Anstiftung eines Tatentschlossenen zu einer vom ursprünglichen Taplan abweichenden Tat, (tesis), München, 1969; *Stratenwerth*, Der agent provocateur, MDR 1953, pp. 717 ss.; *el mismo*, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, en Festschrift für Baumann, 1992, pp. 57 ss.; *Stree*, Bestimmung eines Tatenschlossenen zur Tatänderung, en Festschrift für Heinitz, 1972, pp. 277 ss.; *el mismo*, Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei, JuS 1976, pp. 137 ss.; *el mismo*, Teilnahme am Unterlassungsdelikte, GA 1963, pp. 1 ss.; *Trapero*, La participación omisiva en el delito de abusos sexuales: ¿la guarda de hecho como posible fundamento de la posición de garante?, en An uario de la Facultad de Derecho de Ourense, 2003; *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967; *Vogler*, Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, en Festschrift für Heinitz, 1972, pp. 295 ss.; *Weßlau*, Der Exzeß des Angestiftenen, ZStW 104 (1992), pp. 105 ss.; *Yamanaka*, Abgrenzung von Beihilfe und Mittäterschaft bei Unterlassungsdelikten, en Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Zúñiga*, Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal, en Delincuencia organizada, (Ferré Olivé/Anarte Barrallo eds.), 1999, pp. 199 ss.

(Ver además la bibliografía de la Lección 14)

En la Lección anterior se ha examinado el concepto de autor, como punto de partida de la distinción entre autoría y participación, y se ha aplicado el criterio obtenido para fundamentar y precisar la figura de la autoría mediata. Ello ya ha permitido contraponer y diferenciar provisionalmente esa forma de *autoría* y la «inducción» como forma de *participación*. En esta otra Lección se trata de completar el plan trazado, examinando la coautoría, última modalidad de autoría rayana en la participación y los principios y tipos de la participación (inducción y cooperación). Al estudiar la coautoría dejaremos sentadas las bases para la diferenciación posiblemente más ardua y cargada de significado práctico: la de coautoría y cooperación. Y al considerar la participación podremos completar no sólo esta distinción, adentrándonos en la problemática de la cooperación, sino también la otra ya iniciada en el Capítulo anterior: la de autoría mediata e inducción. **1**

I. La coautoría

1. **Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho**.[1] Los coautores son autores porque cometen el delito *entre todos*. **2**

1. En la doc. alemana cfr. por todos: Jescheck, Tratado pp. 941, 943; Welzel, Lb. pp. 107 s. (=trad. pp. 154 s.). En España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 812, que recoge la STS 12 mar. 65 exigiendo los dos elementos requeridos en el texto; Cobo/Vives, PG pp. 680-681. Cfr. también SSTS 601/2007 de 4 jul., 1003/2006 de 19 oct., 1151/2005 de 11 oct., 1139/2005 de 11 oct., 529/2005 de 27 abr., 474/2005 de 17 mar., 338/2005 de 16 mar., 1339/2004 de 24 nov., 251/2004 de 26 febr., 1372/2003 de 30 oct., 779/2003 de 30 mayo, 402/2002 de 8 mar., 1478/2001 de 20 jul., 1486/2000 de 27 set. y 311/2000 de 25 mar.

Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por sí solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro. No rige, pues, aquí el «principio de *accesoriedad* de la participación», según el cual el partícipe sólo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino un principio en cierto modo inverso: el **principio de imputación recíproca** de las distintas contribuciones.[2] Según este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás. Sólo así puede considerarse a cada autor como autor de la totalidad. Para que esta «imputación recíproca» pueda tener lugar es preciso el **mutuo acuerdo**, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones (cfr. SSTS 1339/2004 de 24 nov., 474/2005 de 17 mar., 1003/2006 de 19 oct. y 601/2007 de 4 jul.).

3 *Ejemplo:* A y B vierten veneno en el café de C. Si A y B actúan de mutuo acuerdo, ambos serán coautores de la muerte de C aunque por separado cada dosis sea claramente insuficiente. Pero si A y B actúan con independencia y sin conocer el uno la intervención del otro, la muerte de C no puede imputarse a ninguno de ambos, cada uno de los cuales sólo puede castigarse por tentativa por falta de imputación objetiva, salvo que la coincidencia fuera previsible.

4 **El art. 28 CP** se refiere a la coautoría cuando dice que «son autores quienes realizan el hecho *conjuntamente*». Debe entenderse que esta expresión supone no solo la ejecución conjunta, sino también que se efectúa de mutuo acuerdo.

5 2. La **delimitación de la coautoría** depende, claro está, del concepto de autor de que se parta.

6 A) Mientras que la doctrina alemana actual aplica la teoría del dominio del hecho, la doctrina española dominante maneja la **teoría objetivo-formal**. Ello sucede en dos direcciones distintas. Por otra parte, el TS ha acudido a la **doctrina del «acuerdo previo»**. Finalmente, un sector admite en nuestro país la **teoría del dominio del hecho**.

7 *a)* La **posición tradicional en España** entendía, respecto al art. 14 del anterior CP, que la coautoría, como verdadera autoría, concurría en «los que toman parte directa en la ejecución del hecho», a que se refería el nº 1 de aquel artículo.[3] El «tomar parte directa en la ejecución del hecho» se interpretaba como realización de algún **acto típico en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal** —como último acto decisivo para la presencia de alguno o todos los elementos del tipo—. *Ejemplo:* Si uno amenaza con un arma a la víctima mientras otro toma

2. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 939 s. Cfr. SSTS 23 set. 2000, 2084/2001 de 13 dic., 1139/2005 de 11 oct. y 1151/2005 de 11 oct.

3. Para una completa referencia bibliográfica cfr. Gimbernat, Autor pp. 15 s. P. ej. Antón Oneca, PG p. 421.

el dinero, ambos son coautores, porque tanto la violencia como el apoderamiento son elementos expresamente descritos en el tipo.[4]

8 *b)* Un sector importante sostenía en los últimos tiempos en nuestro país que la verdadera coautoría no se hallaba prevista en el art. 14, 1º CP, sino que se desprendía directamente del tipo correspondiente (en principio, de la Parte Especial). Esto supone una restricción aún mayor del concepto de autoría, pues implica que no basta para la verdadera coautoría realizar algún acto típico en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal (lo que según esta doctrina equivale al «tomar parte directa en la ejecución» del anterior art. 14, 1º), sino que es preciso más, es precisa la realización total del tipo por parte de todos los coautores. El anterior art. 14, 1º CP no definiría la coautoría, sino formas de *participación accesoria* en el hecho del verdadero autor.[5]

9 *Ejemplo:* El que sujeta a la mujer para que otro pueda tener acceso carnal con ella no sería verdadero coautor, sino sólo partícipe de la violación, porque no es él quien «tiene acceso carnal». El problema es que tampoco el que tiene acceso carnal realiza por sí solo la violación, pues «tener acceso carnal» no es aún «violar». La posición aquí expuesta debería llegar a la curiosa conclusión de que en el caso contemplado no hay ningún autor en sentido propio.

10 Por lo demás, el actual art. 28 CP impide ahora claramente entender que la verdadera autoría y coautoría se encuentren fuera de él y se desprenda directamente del tipo. Ahora dice expresamente la ley que *son* autores no sólo los que realizan el tipo completamente por sí solos, sino también quienes lo realizan conjuntamente.

11 *c)* Contrastaba con el carácter restrictivo de la doctrina dominante, que en todo caso interpretaba el anterior art. 14, 1º en el sentido objetivo-formal, la amplitud que el TS había venido concediendo a la coautoría. Según la tradicional **doctrina jurisprudencial del «acuerdo previo»**, eran coautores todos quienes se hallaban unidos por dicho común acuerdo, con independencia de la objetiva intervención que hubieran tenido en el delito. La doctrina puso de manifiesto suficientemente la contradicción existente entre el criterio objetivo del art. 14 y aquella concepción subjetiva de la jurisprudencia tradicional, e incluso el TS pareció cambiar de opinión.[6]

12 *d)* Un sector minoritario de la doctrina, que parte de la **teoría del dominio del hecho** para delimitar el concepto de autor, consideraba verdaderos coautores no sólo a «los que toman parte directa en la ejecución del hecho» del nº 1 del anterior art. 14, sino también a los cooperadores necesarios que tuvieran el dominio del hecho. Al referirse a «los que cooperan

4. Cfr. el análisis de Gimbernat, Autor, pp. 88 ss.

5. Así Gimbernat, Autor, pp. 215, 219. En la misma línea Quintero Olivares, Delitos especiales, pp. 74 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 560; Ruiz Antón, Agente, pp. 129 ss. También Díaz y García, Autoría, pp. 506 ss., 677 ss, 680 s., 715 ss., a partir de su criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho (cfr. supra, Lec. 14, nota 31).

6. Vid. una exhaustiva exposición y crítica en Gimbernat, Autor, pp. 57 ss. También Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 828 ss. Aprecia un comienzo de abandono de la doctrina del acuerdo previo por parte del TS, Gimbernat, Introducción p. 143, citando las SSTS 11 dic. 70, 28 sept. 71 y 25 en. 77. Cfr. también STS, 11 febr. 83, 26 en. 84. La STS 28 nov. 88 declara: «junto a la decisión común al hecho, se precisa para la coautoría una ejecución común». También SSTS 123/2001 de 5 febr., 154/2002 de 5 febr., 402/2002 de 8 mar. y 1621/2002 de 7 oct.

a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado», el anterior art.14, 3º (como ahora el art. 28, b) contemplaría casos en que el cooperador tendría en sus manos la ejecución del hecho.[7]

13 B) *a)* **Nuestra posición** ha de ser coherente con el concepto de autor mantenido en la Lección anterior: autoría es *pertenencia* del delito; es autor todo aquél que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo. Esta pertenencia no se da sólo en quien realiza por sí solo todos los actos ejecutivos en el sentido estricto de la teoría objetivo-formal. La pertenencia del hecho, la autoría, se atribuye también al autor mediato que realiza el tipo mediante otra persona a la que, en general, no puede pertenecer el delito. Más difícil es saber a quién corresponde la pertenencia del hecho cuando intervienen en él varios sujetos que no sólo lo causan, sino que además reúnen las condiciones típicas necesarias (dolo, cualificación personal). Entre el inductor y el ejecutor inmediato, éste tiene preferencia para asumir la autoría, porque su aportación causal es la más próxima a la consumación. Esto significa que el hecho se atribuye a quienes intervienen *en la ejecución inmediata* del hecho con preferencia a quienes sólo cooperan (mediatamente) en un momento preparatorio. Quedan entonces los que intervienen en el momento de la ejecución inmediata: ¿Son todos ellos autores o sólo quienes realizan los actos ejecutivos en el sentido estricto objetivo-formal? La fenomenología de la codelincuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo. Lo acertado es, pues, considerar coautores **no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan *una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva***.[8]

---

7. Así Córdoba Roda, Notas, II, pp. 310 s.; Cerezo Mir, La reforma, p. 238; Gómez Benítez, Teoría, pp. 134 ss. Ha sugerido esta vía Roxin, Libro-Homenaje a Jiménez de Asúa, p. 66.

8. Coincide en los resultados Roxin, JA 1979, pp. 522 s. Le sigue Cerezo Mir, La reforma, p. 238. En esta línea, destaca la actual jurisprudencia que dos son los planos en que necesariamente se apoya la apreciación de una coautoría: a) existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin expreso reparto de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso muy brevemente anterior a ésta, pudiendo ser dicha decisión expresa, o tácita, la cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación; b) una aportación al hecho que puede valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable aunque el coautor no realice la acción nuclear del tipo delictivo. Siguen este planteamiento, entre otras las SSTS 382/2001 de 13 mar., 1166/2002 de 24 jun., 1621/2002 de 7 oct., 1031/2003 de 8 set., 1497/2003, 13 de nov., 1564/2003, 25 de nov., 56/2004, 22 de en., 251/2004, 26 de feb., 415/2004, 25 de mar., 1339/2004 de 24 nov., 338/2005 de 16 mar., 474/2005 de 17 mar., 529/2005 de 27 abr., 1003/2006 de 19 oct. y 601/2007 de 4 jul. 1242/2009, 9 de dic., 170/2013, 28 de feb. y 761/2014, 12 de nov. En contra del criterio de la esencialidad de la aportación Díaz y García, Autoría, pp. 669 ss., 677 ss.

A todos ellos «pertenece» el hecho, que es «obra» inmediata de todos, los cuales «comparten» su realización al distribuirse los distintos actos por medio de los cuales tiene lugar.

Ejemplo: En el atraco a un Banco el jefe de la banda asume el papel que entiende más difícil y apropiado a su mayor experiencia, a saber, desconectar el sistema de alarma además de dirigir a otros dos que se encargan de amenazar con armas de fuego a los presentes y a un cuarto sujeto, el de menos experiencia, que tiene encargada la parte más sencilla: tomar el dinero. Sería absurdo considerar al jefe sólo partícipe y no autor. Véase, además, cómo el acto consumativo puede ser el más elemental y menos «importante» en el conjunto del plan. Un caso especialmente discutido es el del «jefe de la banda» que no acude al lugar del hecho. Un sector de la doctrina alemana lo considera autor si asume la planificación del hecho.[9] Debe serlo sin duda si sólo él conoce la totalidad del plan, del que los demás no son sino piezas parciales —del mismo modo que el arquitecto es el autor de la casa antes que el albañil—, y también si sigue controlando el hecho a distancia y no deja en manos de otro u otros su dirección última. **14**

b) Aunque es excesiva la doctrina del acuerdo previo mantenida por la jurisprudencia tradicional, según la cual basta dicho acuerdo para la coautoría, importa subrayar la necesidad de un **mutuo acuerdo** para la presencia de coautoría.[10] Debe entenderse que sólo «realizan el hecho conjuntamente», en el sentido del art. 28 CP, quienes se inscriben conscientemente en el *plan conjunto*, sabiendo que su intervención constituye una *parte* del mismo. **15**

Normalmente existirá un **acuerdo precedente y expreso**, en virtud del cual los coautores se repartirán los papeles. Pero basta que el acuerdo se produzca *durante* la ejecución (**coautoría sucesiva:** SSTS 1478/2001 de 20 jul., 1217/2004 de 2 nov., 1339/2004 de 24 nov., 1460/2004 de 9 dic., 251/2004 de 26 febr., 474/2005 de 17 mar., 1003/2006 de 19 oct. y 601/2007 de 4 jul.) y que sea **tácito** (SSTS 251/2004 de 26 febr., 1339/2004 de 24 nov., 474/2005 de 17 mar., 529/2005 de 27 abr., 1003/2006 de 19 oct. y 601/2007 de 4 jul.).[11] El caso límite es el de que el sujeto sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría —aunque no lleguen a conocerse—. No bastará, en cambio, que el sujeto sepa que contribuye, si los otros no lo saben o no lo admiten. **16**

No podría, en este caso, operar el **principio de «imputación recíproca»** que caracteriza a la verdadera coautoría. Según éste, la ejecución empieza y termina para todos en cuanto uno de los coautores la empieza o culmina, de modo que cuando uno alcanza la **tentativa** o la **17**

9. Así Stratenwerth, AT, 12/94; Jescheck, Tratado, p. 944. En contra, Roxin, JA 1979, p. 522.
10. Así Antón Oneca, PG, p. 435.
11. Cfr. Roxin, JA 1979, p. 519.

consumación, ello vale para todos.[12] También tiene iguales consecuencias para todos el error de uno, etc. Como se ve, el principio de imputación recíproca se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos. Por ello no tendría sentido aplicar el principio respecto de quien interviene unilateralmente. Su contribución ha de enjuiciarse de forma independiente. Se habla entonces, como siempre que falta el acuerdo mutuo, de **«autoría accesoria»** (que no es verdadera coautoría).[13]

18 *Ejemplo:* Dos ladrones esperan a que pase una posible víctima; en el momento en que uno de ellos se dirige a una víctima, el otro ha de acudir a continuación; la tentativa empieza para ambos en cuanto el primero acomete a la víctima. Si A sabe que B ha vertido una cantidad claramente insuficiente de veneno en la bebida de C y añade lo necesario para matarle sin que B lo sepa, no existe coautoría en sentido estricto de A y B; A es autor individual de un asesinato y B debe responder de una tentativa si falta la imputación objetiva del resultado. Si A no sabe que B ha vertido la primera dosis, puede faltar la imputación objetiva para ambos. En ambos casos, la tentativa no empieza para A con la actuación previa de B, sino sólo cuando él vierte el veneno.

19 ¿Qué ocurre cuando existe un acuerdo previo de que ejecute el hecho por sí solo el primero que pueda o, simplemente, el que pueda? Ejemplo: A y B resuelven matar a C, pero no saben si pasará por la calle 1 o por la calle 2, por lo que deciden esperarlo cada uno en una de ellas; C pasa por la calle 2 y B le da muerte. ¿Hay coautoría para ambos, o B es autor individual mientras que A queda en la fase de actos preparatorios? Roxin resuelve los casos como éstos en favor de la coautoría, juzgando decisiva la necesidad *ex ante* de ambas contribuciones.[14] *Por lo menos*, A podría ser castigado como cooperador necesario del art. 28, b CP.

20 Cuando uno de los coautores *se excede* por su cuenta del plan acordado sin que los demás lo consientan, en principio **el exceso no puede imputarse a los demás**: más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca.[15]

21 3. A) En cuanto verdadero autor, todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias para ser autor en los delitos especiales. **El interviniente no cualificado no puede ser coautor**, sino sólo partícipe.[16] Mas debe entenderse

---

12. Así la doc. dom. de la «solución global»: cfr. a favor Küper, Versuchsbeginn, pp. 69 ss. En contra Díaz y García, Autoría, p. 693 s., que defiende la «solución individual», según la cual la tentativa empieza para cada coautor sólo cuando cada uno de ellos actúa.

13. Sin embargo, Rodríguez Mourullo, Comentarios, pp. 837 s., la incluye en el art. 14, 1.º del anterior CP. En contra Mir Puig, Adiciones, p. 952.

14. Cfr. Roxin, JA 1979, p. 524. En contra Rudolphi, Bockelmann-Fest., pp. 379 s. Además de este caso de «coautoría alternativa», admite también Roxin la coautoría «aditiva», como cuando varios disparan a la vez de acuerdo y sólo algunos dan en el blanco: todos son coautores por su importancia ex ante. Sobre esto Herzberg, Täterschaft, pp. 56 ss.

15. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 842 ss.; Antón Oneca, PG p. 435. Roxin, JA 1979, p. 519, imputa las variaciones «usuales» que cabe entender presuntamente consentidas. La STS 30 abr. 71 cree suficiente la «previsibilidad» del exceso para que pueda imputarse. Sin embargo en el sentido del texto: STS 1139/2005 de 11 oct.

16. Por todos, cfr. Jescheck, Tratado, pp. 940 s.

también por sujeto cualificado todo aquél que reúne las condiciones personales necesarias para realizar una *parte* del tipo.[17]

Ejemplos: Si el funcionario destruye papeles confiados por razón de su cargo conjuntamente con su secretaria particular, ésta no puede ser coautora del delito de infidelidad. En cambio, la mujer que sujeta a otra para que un hombre la viole es coautora de la violación, porque la violencia constituye un acto típico que puede realizar cualquiera. **22**

Un caso debatido en la doctrina alemana es el de *error in objecto* que conduce a dañar una cosa propiedad de uno de los coautores. Puesto que en éste falta la calidad de no propietario necesaria para el delito, un sector opina que sólo los demás consuman el delito, mientras que el propietario queda en tentativa.[18] **23**

B) La doctrina alemana no admite la **coautoría en los delitos imprudentes**, por entender que no es posible en ellos el acuerdo mutuo (no puede haber acuerdo para matar por imprudencia). Mas en España, en donde se admite la participación en tales delitos, resulta coherente reconocer también la posibilidad de coautoría en los mismos. El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común.[19] **24**

Cabe también **coautoría en los delitos de omisión**.[20] El supuesto más claro se da cuando el deber infringido sólo podía ser cumplido por la actuación conjunta de varias personas. Cuando concurran sujetos que actúan unos positivamente y otros omisivamente, será preferible considerar al omitente como partícipe (cooperador) de un delito de comisión positiva —único concurrente según el criterio de la preferencia de la calificación del hecho como delito de comisión positiva (cfr. *supra*, Lección 12, III). **25**

II. La participación

1. *Consideraciones generales*

A) Se habla de «participación» en dos sentidos distintos. En sentido amplio se emplea a veces esta palabra para referirse a todas las formas de intervención **26**

17. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 839. En contra Ruiz Antón, Agente, pp. 131 s.; Gimbernat, Autor, p. 108.

18. Así Jescheck, Tratado, p. 939.

19. Según STS 18 mayo 81 existe coautoría culposa si hay un actuar planificado que lleva en sí tal imprudencia. También STS 2 nov. 94.

20. Cfr., en este sentido, Jescheck, Tratado, p. 946; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 827 (en los delitos de comisión por omisión, pero no en la omisión pura: el mismo, Omisión de socorro, p. 288), con cita de jurisprudencia favorable. En contra Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, p. 189.

en el hecho —incluyendo la autoría—. Mas en sentido estricto la «participación» se contrapone a la autoría. Es en este sentido en el que utilizamos el término en esta exposición. Como palabras capaces de abarcar tanto la autoría como la participación utilizamos las de «intervención» y, cuando existe pluralidad de sujetos, «codelincuencia».[21]

27 B) **Participación es intervención en un hecho ajeno**. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto del autor. El hecho principal *pertenece* al autor, no al partícipe. Éste no realiza el tipo principal, sino un tipo dependiente de aquél. Puede consistir en una conducta de **inducción** (art. 28, a CP) o de **cooperación** (art. 28, b y 29 CP). El inductor a un homicidio no «mata», no realiza el tipo de homicidio, sino sólo el tipo de inducción al homicidio, que consiste en determinar a otro a que «mate». El cooperador en un robo tampoco se apodera de una cosa ajena con violencia, sino que se limita a prestar alguna ayuda —p. ej., el arma— al autor del robo. El desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no es un desvalor autónomo.[22] El art. 28 CP viene a reconocer que estos sujetos no «son» autores y no «realizan el hecho», a diferencia del autor individual, del coautor y del autor mediato (párrafo primero), pero establece que el inductor y el cooperador necesario «también *serán considerados* autores».

28 **Terminológicamente**, el CP utiliza la palabra «delito» en un sentido aplicable no sólo al hecho del autor, sino también a los tipos de participación. Como consecuencia de su consideración legal de «autores», hay que entender que el inductor (art. 28, a) y el cooperador necesario (art. 28, b) «cometen» el delito principal, aunque ello sólo sea por extensión legal expresa. Pero también el cómplice, además de participar en un delito, realiza otro «delito» —el de complicidad en el hecho principal—. En este caso el término «delito» debe entenderse en un sentido *no autónomo*, que impide tanto la posibilidad de castigar la **imperfecta ejecución de la participación** como la de admitir la **participación en la participación**. Así, cuando el art. 27 declara que son responsables de los «delitos» los autores y los cómplices, hay que entender que se refiere sólo a los delitos *autónomos* (los hechos de la Parte Especial, consumados o no) y lo mismo sucede en los artículos siguientes.[23]

2. *Fundamento del castigo de la participación*[24]

29 Dos teorías principales tratan de explicar el fundamento del castigo de la participación: la **teoría de la corrupción o de la culpabilidad** y la **teoría de la causación o del favorecimiento**. Según la primera, el partícipe es castigado por convertir a otra persona en *delincuente* o contribuir a hacerlo. Esta teoría considera esencial que el partícipe haga o contribuya

21. Emplea este término Antón Oneca, PG pp. 420 ss.
22. Así Ruiz Antón, CPC 1980, p. 64; Cobo/Vives, PG p. 578.
23. Cfr. sobre toda esta problemática Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 359 ss.
24. Cfr. ampliamente, Robles, La participación en el delito cit., passim.

a hacer al autor «*culpable*» del hecho.[25] Por ello tuvo que ser abandonada en Alemania a partir de 1943, año en que el StGB vino a declarar suficiente para la participación que el autor cometiera un hecho antijurídico, aun sin culpabilidad, esto es, aunque no sea personalmente imputable (accesoriedad *limitada*). La teoría de la causación, en cambio, ve el desvalor de la participación en el hecho de que causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor. No es importante aquí que el autor obre o no culpablemente (que pueda imputársele personalmente o no), sino que basta la causación o favorecimiento de un hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe que actúa (él sí) culpablemente. Esta es la concepción dominante en Alemania.[26]

30 El punto de vista de la teoría de la causación o del favorecimiento es el más convincente y adecuado a nuestro Derecho positivo. Resulta, también, coherente con la concepción de la participación que asumen nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia.

31 Es la teoría *más convincente*. La imputación personal (lo que suele denominarse como «culpabilidad») es una cuestión personal de cada sujeto: su sentido se agota en permitir la atribución al sujeto del hecho antijurídico; que falte esta atribuibilidad respecto de uno de los sujetos que intervienen en un hecho antijurídico sólo puede afectarle a él, y no rompe la relación entre dicho hecho y los demás sujetos que contribuyen a su realización, si a tales sujetos sí les es atribuible tal relación. El partícipe contribuye a causar el hecho del autor, sea interponiendo una condición propiamente causal del mismo (así el inductor y el cooperador necesario), sea favoreciendo eficazmente su realización (lo que basta para la complicidad). Si además puede imputársele personalmente esta contribución, ¿por qué no habría de atribuírsele por la circunstancia, ajena a él y que no empece a la antijuridicidad del hecho favorecido ni por tanto a la de su favorecimiento, de que al autor no pueda atribuírsele personalmente su hecho?

32 Esta perspectiva es *la más adecuada al Derecho español*. Como es sabido, el art. 28 CP «considera» autores al inductor y al cooperador necesario. El criterio material que parece inspirar esta equiparación es el de la causalidad: tanto el inductor como el cooperador necesario aportan una condición causal al delito (ya veremos en qué sentido) especialmente importante, aunque sea de forma mediata a través del autor o coautores en sentido estricto. Ello da pie a pensar que el Código valora las conductas de participación desde el prisma de su importancia causal, mayor («autoría» asimilada) o menor (complicidad), para el delito (cfr. STS 13 dic. 79).[27]

33 Por último, la teoría del favorecimiento *responde a la concepción de la participación mantenida por la doctrina y la jurisprudencia españolas*. Al acoger la fórmula de la «accesoriedad limitada» de la participación, según la cual basta para ésta un hecho antijurídico del autor, aunque éste no sea culpable, la doctrina española se aparta de los principios de la teoría de la

25. Cfr. sobre esto (en contra) Ruiz Antón, CPC 1980, p. 50.

26. Cfr. Ruiz Antón, CPC 1980, pp. 52 s. Como señala este autor, no se trata de castigar al partícipe como causante directo de la lesión del bien jurídico, sino a través del hecho principal del autor. Así también Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 847. Ello es lo que permite la participación en delitos especiales por parte de un extraño.

27. Cfr. en este sentido el origen histórico del art. 14 CP: Cerezo Mir, La reforma, pp. 231 s.

culpabilidad. Y el TS parece moverse en la misma línea al caracterizar la esencia de la inducción no como forma de corrupción del inducido (pese a ser aquí donde encontraría mejor terreno la teoría de la culpabilidad), sino como «causa de la ejecución del hecho antijurídico y típico» (no dice «culpable»: STS 25 junio 62), contemplándola, desde la perspectiva del hecho por ella causado, como «autoría moral» o «intelectual» (SS 7 julio 1906,10 dic. 23, 8 jul. 68, 15 dic. 78). Ver también SSTS 24 mar. 93 y 19 mayo 95.

3. *La accesoriedad de la participación*

34 A) El fundamento del castigo de la participación conduce, como se ve, al principio supremo de la teoría de la participación: el **principio de accesoriedad limitada de la participación**.[28] Significa, por una parte, que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otra parte, que depende de éste hasta cierto punto: basta que el hecho del autor sea contrario a Derecho (antijurídico). No es preciso que además sea personalmente imputable al autor (o como suele decirse: no es preciso que el autor sea «culpable»). Se descarta así la **teoría de la accesoriedad máxima**. Mas también se rechaza la **teoría de la accesoriedad mínima**, según la cual bastaría que el hecho del autor realizase el *tipo* de un delito, aunque estuviera justificado.

35 Esto último se fundamenta en que la *justificación* de un hecho vale para todos, también para todos los que intervienen en el hecho. *Ejemplo:* quien induce a otro a defenderse legítimamente está induciendo a un hecho justificado para todos, cuya justificación, por tanto, le permite a cualquiera contribuir lícitamente a su realización.

36 En favor de la teoría de la accesoriedad limitada, y en especial de la no dependencia del partícipe respecto de la posibilidad de imputación personal al autor, concurren diversos argumentos en el Código penal. Así, **el significado de la palabra «hecho»** (arts. 28 y 29 CP), empleada por la ley como presupuesto de las diferentes formas de participación, y que según se desprende de su uso en el art. 19 y en los núms. 1º, 2º del art. 20 CP, no requiere la imputación personal al autor. Por otra parte, los arts. 300 y 453 CP no sólo consagran el principio de la accesoriedad limitada para la receptación y el encubrimiento, sino que confirman que el «autor del hecho» puede ser personalmente inimputable o hallarse exento de pena.[29]

37 B) La doctrina dominante en Alemania exige **el dolo** en el autor para que sea posible la participación en un hecho. Ello es coherente con la no admisión de la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes: todo interviniente en un hecho no doloso es autor

---

28. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 901 s. A favor en España Antón Oneca, PG p. 422; Rodríguez Muñoz, Notas, II, p. 294; Cobo/Vives, PG p. 682 s.; Rodríguez Devesa, PG p. 759. Cfr. también SSTS 1197/2001 de 20 jun., 539/2003 de 30 abr., 1114/2006 de 14 nov., 1179/2006 de 5 dic. y 490/2007 de 7 jun. Defiende, en cambio, la accesoriedad mínima Boldova, pp. 144 ss.

29. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, p. 326.

(**concepto unitario de autor**, cfr. *supra* Lección anterior I 2).[30] Mas en nuestro país se admite la participación en hechos imprudentes, por lo que la solución del tema será más compleja. Habrá que distinguir entre participación dolosa y no dolosa en un hecho (en el primer caso el partícipe quiere el delito, en el segundo no). La **participación dolosa** en un hecho requiere el dolo del autor principal. Ejemplo: Para poder ser cooperador doloso de un homicidio, no basta que el cooperador quisiera con su ayuda contribuir a que el autor matase a la víctima, sino que es preciso además que el autor haya actuado también dolosamente.[31] Ello es consecuencia de la inclusión del dolo en el tipo: sin dolo del autor no hay tipo de homicidio en el que participar dolosamente.[32] Para la **participación no dolosa**, en que el partícipe no quiere el hecho, no es preciso, en cambio, el dolo del autor; cabe la participación imprudente en un hecho imprudente. Ejemplo: El acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce un accidente.

38 Ahora bien, mientras que la **inducción** requiere la voluntad de inducir a la conducta imprudente, la **cooperación necesaria** imprudente ha de considerarse punible tanto si concurre como si no concurre voluntad de cooperar (en contra SSTS 24 mar. 93 y 12 jul. 95). La imprudencia consistente en la cooperación necesaria no querida no puede quedar impune ni, tampoco, ser castigada como autoría imprudente. Esto vale tanto para la cooperación necesaria imprudente en un hecho imprudente como para la cooperación necesaria imprudente en un hecho doloso. En cambio, según el TS la **cooperación no necesaria (complicidad)** en un hecho imprudente nunca es punible (*infra* 5 C) (en contra STS 21 mar. 97). Menos habrá de admitirse castigar en este caso por autoría imprudente, que conduciría a una pena más grave que la complicidad.

39 Según lo dicho más arriba, la **participación dolosa en un hecho imprudente** (el partícipe quiere el hecho principal y el autor no) no es punible como tal participación dolosa, pero cabrá sin duda castigar por **participación en el delito imprudente** o acudir a la **autoría mediata.** Esto último es seguro si la falta de dolo en el autor se debe a engaño del hombre de atrás o a aprovechamiento de un error de aquél. Más difícil es decidir si la autoría mediata cabe en los demás casos. Ejemplo: A induce a B, que no sabe apenas conducir, a que lleve en el coche de A a C por una carretera extremadamente peligrosa a gran velocidad, confiando A en que el coche pueda tener algún accidente grave para C, cosa que efectivamente sucede. Por lo menos debe admitirse la participación en el delito imprudente, en forma de inducción o cooperación necesaria, aunque no la mera complicidad imprudente (cfr. *supra*, Lec. 14, I 4 E a). También será punible la complicidad *dolosa* en el delito imprudente[33] (así, si A se limita a cooperar de forma no esencial pero queriendo la muerte de C), porque, a diferencia de la complicidad imprudente en un delito imprudente, tanto la complicidad dolosa, como el delito imprudente a que se refiere se hallan previstas por la ley. Respecto de la posible muerte de B el problema es distinto, porque el Código sólo castiga la inducción o auxilio al «suicidio», que no se da en el caso.[34]

40 C) Un importante problema particular que plantea la accesoriedad de la participación es si deben comunicarse al partícipe las **condiciones personales** del

30. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, p. 900.
31. Así lo han decidido en Alemania los §§ 26 y 27 StGB.
32. Cfr. así Gimbernat, Estudios, p. 96.
33. En este sentido Luzón, Curso, p. 509. De acuerdo Roso, Autoría y participación imprudente, pp. 605 ss.
34. Por lo demás *vid*., Robles, Participación en el delito e imprudencia cit., *passim*.

autor o, por el contrario, cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en él concurren.[35]

41 El § 28 II StGB alemán se inclina por el segundo criterio respecto a los elementos de esta clase que agravan, atenúan o excluyan la pena.[36] El anterior art. 60, I CP (al que ha sustituido el actual art. 65) era interpretado por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales en un sentido próximo. Según dicho precepto, «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurran». Se entendía que esta disposición se refería tanto a las circunstancias agravantes o atenuantes en sentido estricto, esto es, las previstas en los arts. 21, 22 y 23 CP, como a las previstas en la Parte Especial que determinan la aparición de un tipo cualificado o privilegiado, aunque el mismo implique un delito distinto, con un nuevo *nomen iuris* (p. ej.: el delito, hoy desaparecido, de parricidio en lugar del homicidio).

42 *Ejemplo:* El partícipe no incluido entre los parientes del anterior art. 405 CP (hoy suprimido) no respondía como partícipe en un parricidio, sino en un homicidio; y, viceversa, el hijo que indujera a un no pariente a dar muerte al padre de aquél, era castigado como inductor a un parricidio.[37]

43 Esta interpretación no era correcta. Asistía la razón a una importante dirección doctrinal que consideraba inaplicable el anterior art. 60, I CP (hoy art. 65, 1 CP) a los elementos

---

35. Gómez Martín, "La doctrina del "Delictum sui generis": ¿Queda algo en pie?", RECPC, 7 (2005); el mismo, "Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano", RDPC, 2ª Época, 17 (2006), pp. 11 ss.; el mismo, "El delito urbanístico (art. 319 CP): ¿delito común o especial?". RDUMA, 223 (2006), pp. 11 ss.; el mismo, "Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de *extraneus*", ADPCP, LX, 2007, pp. 539 ss.; el mismo, "La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3, CP", en LH-Cobo del Rosal, 2005, pp. 421 ss. (= en Mir - Corcoy (dirs.) / Gómez (coord.), Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995, 2006, pp. 49 ss.; *el mismo,* en Mir – Corcoy (dirs.) / Gómez Martín (coord.), Política criminal y reforma penal, 2007, pp. 153 ss*.); el mismo,* Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?, 2006, passim; *el mismo, Los delitos especiales*, 2006, *passim*.; el mismo, "Sobre el fundamento material de los delitos especiales", RDP, 2006-1 (Autoría y Participación-III), pp. 33 ss.; el mismo, "¿Es autor de un delito especial quien domina el hecho?", en Salazar Sánchez (coord.), Dogmática actual de la autoria y la participación criminal, 2007, pp. 324 ss.; el mismo, "¿Es el delito urbanístico un delito especial? (art. 319 CP)", en Serrano Piedecasas - Demetrio Crespo (dirs.): Cuestiones actuales de Derecho penal económico, 2008, pp. 277 ss.; el mismo, "El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas", en Mir Puig - Corcoy Bidasolo (dirs.) / Hortal Ibarra (coord.), Protección penal de los derechos de los trabajadores, 2009, pp. 227 ss.; el mismo, "Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores: Nuevas bases para una distinción necesaria", RECPC (14) 2012.

36. Respecto a los elementos personalísimos que fundamentan la pena, sirven de base a la punibilidad del partícipe aunque sólo concurran en el autor, pero en tal caso deberá atenuarse la pena del partícipe (§ 28 I StGB).

37. Cfr. Cuello Calón, PG, p. 665 y PE (1972), pp. 513 ss.; Antón Oneca, PG pp. 430 s.; Córdoba Roda, Notas, I, p. 292. SSTS 11 mar. 1887, 7 feb. 1888, 27 en. 1902, 5 oct. 53, 5 feb. 55, 21 dic. 63... Cfr., sin embargo, en contra de la aplicación del anterior art. 60 a la Parte Especial SSTS 2 dic. 75, 31 dic. 79 y 16 jul. 85, según la cual el TS ha abandonado la doctrina tradicional. En el delito de malversación el TS ha mantenido, en cambio, el principio de accesoriedad: SS 18 jun. 51, 18 mayo 63. Para una amplia exposición de esta doctrina, en contra, Gimbernat, Autor, pp. 266 ss., 288 ss.

personales previstos en la Parte Especial. Estas disposiciones se refieren solamente a las «circunstancias agravantes o atenuantes» y a cuándo pueden desplegar su efecto de «agravar o atenuar la responsabilidad»: sólo es aplicable, pues, a las «circunstancias modificativas de la responsabilidad» en sentido estricto, que en la terminología del Código son sólo las previstas en los arts. 21, 22 y 23.[38] Sin embargo, la LO 15/2003 ha introducido un nuevo número 3 en el art. 65 CP que sí es aplicable a elementos personales previstos en la Parte Especial.

Respecto a los elementos personales previstos en la Parte Especial hay que distinguir, según que determinen una figura de delito específica o sólo supongan un elemento típico accidental: **44**

a) Cuando un elemento personal da lugar a un tipo específico de delito, éste será un **delito especial** (ver *supra*, Lec. 9, II 2 A).[39] Tienen esta naturaleza, p. ej., los delitos de funcionarios contra la Administración Pública (arts. 404 y ss. CP), o el delito de falsedad en documento público por funcionario público (art. 390 CP). Los sujetos que no tengan la condición personal requerida no podrán ser autores de tales delitos, pero sí partícipes en ellos, como inductores o cooperadores necesarios (art. 28 CP), o como cómplices (art. 29 CP). Aunque el art. 28 considera autores a los inductores y a los cooperadores necesarios —por lo que en principio les correspondería la misma pena que al autor y coautor en sentido estricto—, el nº 3 del art. 65 CP, permite imponerles en este caso, como a los cómplices, la pena inferior en grado (SSTS 434/2007, 16 de may., 636/2012, 13 de jul., 68/2012, 16 de jul., 641/2012) —lo que en parte ha venido a responder a una corriente de la jurisprudencia del TS (cfr. p. ej., SSTS 12 feb. 97, 12 jul. 99, 123/2001, 5 de feb.)[40]. **45**

En los **delitos especiales propios** la calificación de la intervención del *extraneus* como partícipe en el delito del *intraneus* es la única posible, puesto que no existe ningún otro delito en la Parte Especial que realice el *extraneus*. En los **delitos especiales impropios** complica la cuestión el hecho de que los mismos se caracterizan precisamente por describir una conducta que también se halla tipificada en otro delito *común* paralelo para el *extraneus*. Así, p. ej., el delito de falsedad en documento público por funcionario castigado en el art. 390 constituye un delito especial impropio en cuanto a sus tres primeros números porque el art. 390 prevé otro tipo para el **46**

38. Así Gimbernat, Autor, pp. 279 ss.; Quintero, Delitos especiales, pp. 63 ss.; Cobo/Vives, PG, p. 686 nota 66; Mir Puig, Adiciones, p. 918, con más detalles y referencias. No obstante, Escrivá Gregori, Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 232 s., propugnó la aplicación del anterior art. 60 por analogía cuando resultara favorable al reo (así para el extraneus que induce al hijo a matar a su padre), mientras que en el caso contrario (el hijo coopera con el extraño en matar al padre), habría que castigar en base al hecho principal con una agravante de parentesco. Así SSTS 30 abr. 90, 10 en. 97, para otros casos.

39. Sobre participación en delitos especiales *vid.* Gómez Martín, Los delitos especiales, cit., y Robles, Garantes y cómplices cit., *passim*.

40. Sin embargo, la atenuación que introduce el art. 65, 3 no es obligatoria, como se preveía en el Proyecto, sino sólo facultativa. Se manifestó en contra del carácter obligatorio de la atenuación prevista en el Proyecto, prefiriendo que fuera sólo potestativa, como finalmente se estableció, Gómez Martín, Los delitos especiales, cit., TESIC, p. 207. También es discutible que se pueda atenuar la pena del inductor y del cooperador necesario y no la del cómplice, que por esta vía puede tener la misma pena que aquellos otros partícipes más importantes.

particular que cometiere las mismas falsedades. Ello abre la posibilidad de concursos de leyes entre los preceptos en juego. Así, el funcionario que induce a un particular a falsificar el documento público puede considerarse partícipe (inductor) en el delito del particular (art. 392), pero también puede verse como **autor mediato** (con **instrumento doloso no cualificado**) del delito de funcionario del art. 390. Si, como aquí hacemos, se admite esta forma de autoría mediata, deberá considerarse preferente tal calificación de autoría desde la lógica material del concurso de leyes, que conduce a tener que elegir la calificación que comprende el total desvalor del hecho. En el caso inverso del particular que induce al funcionario a falsificar el documento, esta lógica material del concurso de leyes conduce a considerar prevalente, por más grave, la calificación de partícipe en el delito del funcionario, que sigue suponiendo una pena más grave que la de autor de la falsedad de particular aun después de la introducción de la atenuación prevista por el nº 3 del art. 65 CP. La posible autoría del delito común no incluiría el desvalor que supondría participar en el delito más grave del funcionario, por lo que no podría desplazar esta calificación.

47 b) Si la condición personal que modifica la pena no da lugar a un delito específico, sino sólo a un **elemento típico accidental**, la modificación de la pena sólo afectará al sujeto que tiene dicha condición, con independencia de si su intervención es a título de autor en sentido estricto o de partícipe (inductor o cooperador). Así sucede, p. ej., con la agravación prevista en el delito de tráfico de drogas para la autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador (art. 369, 1ª CP). Si el que no reúne estas condiciones induce o coopera con alguien que la tiene, no ha de ver agravada su pena —porque la condición personal del autor no da lugar aquí a un delito distinto al de tráfico de drogas del que pueda considerarse partícipe al sujeto no cualificado, quien por tanto sólo puede participar en el único delito realizado por el autor: el delito de tráfico de drogas.

48 Decidir cuándo estamos frente a una agravación puramente personal como ésta y cuándo ante un delito especial impropio, depende de la interpretación, y ésta debe determinar si hay razones suficientes para extender a todos los partícipes la agravación prevista para determinados sujetos. No tiene por qué partirse de que en principio ello deba ser así. Pongamos el caso del funcionario público. Aunque en los delitos contra la Administración Pública es natural que la condición de funcionario público de lugar a delitos especiales, la misma condición no tiene por qué tener el mismo efecto como regla en toda clase de delitos. En los delitos contra la Administración de Pública el carácter de funcionario afecta a la propia esencia del injusto, porque condiciona el ataque al bien jurídico central en tales tipos; pero ello no sucede cuando se agrava la intervención del funcionario en delitos que atacan bienes jurídicos completamente distintos (tráfico de drogas, libertad, patrimonio, etc.). En el CP actual esto último se da con relativa frecuencia. Por ejemplo, el art. 167, 1 CP agrava la pena para «la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este capítulo», esto es, los que tipifican las detenciones y secuestros ilegales realizados por particular (arts. 163 y ss. CP). Agravaciones como ésta, o como la indicada más arriba en relación con el tráfico de drogas, no afectan a la esencia del delito transformándolo en otro distinto, sino que tienen un carácter estrictamente personal: configuran elementos típicos *accidentales* que no determinan un cambio de delito, sino sólo que se castigue más al sujeto autoridad o funcionario que comete *el mismo delito*. De los elementos típicos accidentales hablé en la Lección 10 y a ellos se refiere el art. 14 CP cuando alude al error sobre un hecho «que cualifique la infracción», como algo distinto al error «sobre una circunstancia agravante». Pues bien, cuando la ley

prevé cualificaciones personales accidentales, como la de ser el sujeto autoridad o funcionario en el citado art. 167, 1, la mayor pena que se prevé para el sujeto sólo puede imponerse a dicho sujeto —no al particular que interviene en el hecho, que, aunque sea inductor o cooperador no ha de verse como un partícipe en un delito especial del funcionario, sino en el único delito existente de detenciones ilegales—, y tanto si es autor en sentido estricto como si es uno de los autores asimilados del art. 28 (inductor o cooperador necesario).

Esto último no choca con la exigencia legal de que la autoridad o funcionario *cometa* el **49** delito de que se trate (por ej., art. 167, 1 CP). Como vimos en la Lección anterior, el hecho de que el inductor y el cooperador necesario sean *considerados* autores por el art. 28 —aunque en realidad no lo *son*—, tiene la consecuencia de que también puede *considerarse que cometen* el delito —aunque en sentido estricto no lo cometan.

4. *La inducción*

La inducción se halla prevista en el art. 28, a) CP. Según este precepto «también serán considerados autores» «los que *inducen* directamente a otro u otros a ejecutarlo» (el hecho). Se castiga, pues, al inductor con la misma pena del verdadero autor, lo que no empece a que materialmente constituya una forma de participación, accesoria del hecho del autor —a diferencia de lo que sucede con la autoría mediata, que se distingue de la inducción en que supone una posición de la persona de atrás más importante que la del inductor respecto al ejecutor material. **50**

El art. 28, a) CP no ofrece un **concepto** de inducción. **Inducción es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso o imprudente**.[41] Debe distinguirse, pues entre inducción a un hecho doloso e inducción a un hecho imprudente. **51**

A) La inducción a un hecho doloso requiere los siguientes elementos: a) Objetivamente, la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo doloso de autoría; b) subjetivamente, que dicha causación sea dolosa. **52**

a) El **tipo objetivo** de la inducción puede descomponerse en las dos partes siguientes: a') la causación de la resolución criminal; b') la realización del tipo de autoría. **53**

a') El inductor debe **causar** la resolución criminal en otra persona.[42] Ello significa que su actuación debe ser *condicio sine qua non* de la resolución **54**

41. Sobre el concepto y estructura de la inducción vid. Baldó, ADPCP 1989, pp. 1093 ss. También SSTS 25 jun. 85, 11 en. 89, 10 nov. 94.

42. Sobre las características de esta relación, de causalidad psíquica, cfr. Baldó, ADPCP 1989, pp. 1099 ss.

delictiva del autor.[43] No es inductor el que incide sobre alguien que estaba ya previamente decidido a cometer el hecho (sujeto éste al que se conoce con la expresión de *«omni modo facturus»*).[44] No basta tampoco en este caso que se *refuerce* con consejos la resolución del que de todos modos iba a delinquir.[45] Tampoco es suficiente inspirar l*os accidentes, los procedimientos o las circunstancias modificativas* del delito, si ello no afecta a la calificación del delito que el autor ya quería cometer. *Ejemplo:* A convence a B de que es preferible que lleve armas para cometer el delito de robo con intimidación que éste ha decidido cometer previamente. La contribución de A no puede considerarse inducción, sino cooperación moral.[46]

55 La causación debe ser **imputable objetivamente** al inductor, lo que no sucederá si no era previsible que surgiría la resolución criminal en el otro, o si ésta no resulta realización del riesgo creado por el influjo psíquico.

56 *Ejemplos:* Una mera alusión elogiosa a un delincuente motiva al que escucha a seguir su ejemplo; alguien se limita a decir, sin insistir especialmente, «yo lo mataría».

57 La causación de la resolución de delinquir debe tener lugar mediante un **influjo psíquico** (SSTS 26 mayo 76, 15 dic. 78). Significa que no constituye inducción, sino en su caso cooperación, la causación de la resolución por el procedimiento de facilitarle objetivamente la comisión del hecho.[47]

58 Ejemplo: Sabiendo del odio de A hacia B y su deseo de venganza seriamente expresado, C regala a A un arma de fuego esperando que despierte en A la idea de emplearla contra B, cosa que, como era de prever sucede; hay que suponer que, pese a su predisposición general, A no había decidido todavía matar a B. En casos como éstos podría decirse que la inducción no tiene lugar «directamente», como exige el art. 28, a) CP, sino *indirectamente*.

---

43. Sobre el grado de definición que debe exigirse a una tal resolución («identidad de la resolución») vid. Baldó, ADPCP 1989, pp. 1096 ss.

44. Cfr. Maurach, Tratado II, p. 373; Jescheck, Tratado p. 959. También la doc. y jurispr. españolas: cfr. Mir Puig, Adiciones, p. 974; Ruiz Antón, Agente, pp. 214 s. Sí se admite, en cambio, inducción cuando se consiente en pagar el precio solicitado por quien se ofrece a cometer el delito por dicho precio: así Maurach, ibidem. Sobre todo esto Baldó, ADPCP1989, pp. 1103 ss. Según la actual jurisprudencia, la inducción opera, sobre alguien que no estaba decidido a cometer la infracción, de forma intensa, adecuada, directa y suficiente en relación a la comisión de un delito concreto. Vid., en esta dirección, la STS 815/2011, 11 de julio y SSAP Huelva, 1ª, 188/2012, 18 de jul., Madrid, 17ª, 642/2013, 16 de may.

45. Pero puede concurrir complicidad psíquica: vid. Baldó, ADPCP 1989, pp. 1103 ss.

46. Así, en contra de la jurispr. alemana, un amplio sector doc.: cfr., a favor, Jescheck, Tratado, p. 959; Bemmann, Gallas-Fest., p. 279. En contra, Stree, Heinitz-Ferst., pp. 291 ss.; Erika Stork, Anstiftung, p. 175. En la doctrina española cfr. Baldó, ADPCP 1989, pp. 1106 ss.

47. Así Jescheck, Tratado, p. 957; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 846; Ruiz Antón, Agente, p. 217; Baldó, ADPCP 1989, pp. 1097 ss. En contra Herzberg, Täterschaft, pp. 146 ss.

El influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación, etc., siempre que posean la suficiente intensidad para que aparezca como *adecuada* y pueda fundar la imputación objetiva. La presencia de precio o promesa reforzará en este sentido el influjo psíquico, pero también la mera autoridad moral, la influencia en la personalidad del autor, la insistencia, la amenaza, etc. **59**

Ejemplos: Tras reiteradas solicitudes, la mujer casada convence al amante, que al principio se resistía, a que dé muerte al marido. A ofrece una cantidad de dinero a B para que mate a C. **60**

El Código exige que la inducción sea: **«directa»**. Una primera consecuencia de esta exigencia ha sido ya sugerida: la influencia en la psique del autor *no* ha de tener lugar *por medios no psíquicos*. Una segunda consecuencia se ha visto en la necesidad de que la inducción determine a realizar un *delito concreto*[48] y a un *ejecutor determinado*,[49] no bastando una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas. Ver STS 11 en. 89. **61**

Ésta es la diferencia que existe entre la conducta de «inducción» y la de «provocación» del art. 18 CP. Por esta vía puede confirmarse, por otra parte, el rechazo que encuentra en la doctrina española la **«inducción en cadena»**,[50] esto es, el inducir a otro a que induzca a su vez a otra persona a ejecutar el hecho —la cadena puede prolongarse más—. Como la doctrina alemana,[51] el TS ha aceptado esta figura como forma de inducción al hecho ejecutado, no como inducción al tipo de inducción. Mas precisamente a aquella construcción es a lo que se opone la exigencia de que la inducción sea «directa». El inductor del inductor sólo induce «directamente» a una inducción, no al delito ejecutado; pero esta inducción a la inducción, no cabe en el art. 28, a), que exige que se induzca a *«ejecutar»* un hecho principal (no de participación), cosa que del mismo artículo se deriva que no hace el inductor. El inductor del inductor debe castigarse como *cooperador necesario* en el delito ejecutado.[52] Nada se opone, **62**

48. Pero basta que se determinen los rasgos esenciales configuradores del hecho. Cfr. Baldó, ADPCP 1989, pp. 1094 s.

49. Cfr. Cuello Calón, PG, p. 677; Antón Oneca, PG p. 439; Rodríguez Devesa, PG p. 762. Vid. SSTS 126/2000 de 22 mar., 421/2003 de 10 abr. y 539/2003 de 30 abr. Consideran suficiente que la inducción se dirija a un círculo de destinatarios individualizable: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 853; Baldó, ADPCP 1989, p. 1094.

50. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 362 s.

51. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 957. Sobre el tema ver D. Meyer, JuS 1973, pp. 755 ss. También admite así la inducción en cadena Rodríguez Devesa, PG p. 762.

52. Así Gimbernat, Autor, pp. 329 ss.; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 862; Mir Puig, Adiciones, p. 973. En este sentido STS 421/2003 de 10 abr. A favor de la inducción en cadena SSTS 212/2007 de 22 febr. y 393/2007 de 27 abr.

en cambio, a admitir la **inducción mediata**, puesto que en ella se atribuye como obra propia al hombre de atrás la inducción *directa* que efectúa el instrumento. Cabe también, claro está, la **coinducción** y la **inducción accesoria** (paralelos de la coautoría y la autoría accesoria).

63 ¿Es posible la **inducción por omisión**? La doctrina dominante lo niega[53] y, ciertamente, no es lo mismo inducir a delinquir que no impedir la aparición en otro de la resolución delictiva. Esto último sólo será punible, si se admite, como cooperación por omisión.

64 b') Es preciso **que el inducido realice un tipo doloso de autoría**. Sabemos que un «tipo de autoría» es aquél cuyo sujeto recibe el nombre de autor, en contraposición a los «tipos de participación». El «hecho» a que se refiere el art. 28 ha de ser un tipo de autoría. Ya se ha visto que no cabe la inducción a la inducción, y en general no es posible la inducción a un tipo de participación (así, tampoco cabe la inducción a la cooperación) ni a uno de los «actos preparatorios punibles» (arts. 17 y 18), porque comparten la esencia de la participación. Importa ahora destacar la necesidad de que el inducido lleve a cabo la realización del tipo de autoría objeto de la inducción. Mas como un tipo de autoría puede serlo tanto uno de los previstos en la Parte Especial como delito consumado, como una forma de imperfecta ejecución de los mismos, la inducción cabrá tanto respecto a un **delito consumado** como a una **tentativa**. En ambos casos se produce un «hecho» en el sentido del art. 28.

65 *Ejemplo:* A induce a B a matar a C; B dispara sobre C, pero yerra el tiro y no consigue dar muerte a C. Hay inducción punible sobre la base de la tentativa.

66 ¿Qué ocurre **si el hecho no se empieza siquiera a ejecutar**?

67 *Ejemplos:* A no logra, pese a sus reiteradas solicitudes, hacer surgir en B la decisión de matar a C (la llamada **«inducción fracasada»**); A logra convencer a B de que mate a C, pero en el último momento B se echa atrás y abandona su propósito (la llamada **«inducción no seguida de resultado»**).[54]

68 Estamos, en ambos casos, ante una **tentativa de inducción**. En Alemania se castiga expresamente (§ 30 I StGB). En nuestro Derecho las formas de participación sólo pueden castigarse en fases anteriores a su consumación (no a la consumación del hecho principal, sino a la consumación del hecho de la participación) en cuanto supongan proposición

53. Así Grünwald, GA 1959, p. 122; D. Meyer, MDR 1975, p. 982; Antón Oneca, PG p. 440. La admiten Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 851 s. y STS 30 ene. 45.

54. Vid. asimismo Baldó, ADPCP 1989, pp. 1091 ss.; el mismo, en: Silva/Corcoy/Baldó, Sistema de casos prácticos de Derecho Penal, Parte General, con soluciones, 1993, pp. 149-150.

o provocación para delinquir especialmente penadas (arts. 17 y 18 CP).[55] La tentativa de inducción dará lugar a la **«proposición»**.

b) El **tipo subjetivo** de la inducción *a un delito doloso* requiere el **dolo** en el inductor. Se entiende que concurre cuando el inductor no sólo quiere causar la resolución criminal en el autor, sino que también quiere que éste realice efectivamente el hecho (**doble dolo:** SSTS 126/2000 de 22 mar. y 539/2003 de 30 abr.) **69**

Ello permite negar la punibilidad del **agente provocador** que piensa impedir a tiempo la lesión o puesta en peligro correspondiente.[56] **70**

Ejemplo: Para detener a B el policía A le induce a intentar un delito, pero confiando en impedirlo antes de su consumación. Suele admitirse que plantea una problemática materialmente análoga la provocación incluso de la consumación, si se trata de un delito en que la consumación formal no supone todavía la lesión o puesta en peligro y se espera poder impedir éstas (así, en el delito de tráfico de drogas: el policía espera a la consumación de la entrega de droga para detener al vendedor). **71**

Es mayoritaria la solución de no considerarlo punible, por falta de dolo de que se consume el delito (o, en su caso, por analogía *in bonam partem*, por falta de voluntad de que se materialice la lesión o puesta en peligro del bien jurídico). En nuestro país, no obstante, se ha admitido la punibilidad del provocador, aunque no pretenda que se llegue a la consumación, salvo que el agente provocador haya eliminado de antemano toda posibilidad de consumación (ausencia de peligro).[57] Este planteamiento sólo podría aceptarse si se considera suficiente la voluntad del agente provocador de que el provocado *intente* la consumación en términos en que la *tentativa* sea punible. Mas si el fundamento del castigo de la participación (la inducción lo es) es el favorecimiento de la lesión del bien jurídico por el autor, subjetivamente habrá que requerir para la inducción dolosa, la voluntad de favorecer efectivamente dicha lesión —distinta sería la situación desde el prisma, rechazable, de la teoría que ve el fundamento de la participación en la «corrupción» del autor—. Como el agente provocador no quiere que el autor produzca la lesión, no puede ser castigado como inductor doloso.[58] Sólo así cabe explicar la solución correcta en caso de que el provocado consiga, contra la voluntad del provocador, consumar el delito: sería absurdo afirmar entonces inducción *dolosa* del agente provocador a una lesión que *no ha querido*; lo acertado es castigarle en tal **72**

55. Vid., con ulteriores referencias, Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 363 ss.

56. Sobre el tema cfr. las obras de Califano, Küper (1974), Lüderssen (1974), Muñoz Sánchez, Ruiz Antón (1982) y Stratenwerth, cit. en la bibliogr. En este sentido SSTS 14 jun. 93, 2 jul. 94, 20 mayo 97.

57. Así Cuello Calón, PG p. 670; Antón Oneca, PG p. 440; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 855. Por la punición con carácter general Rodríguez Devesa, PG p. 764. En cambio, la jurisprudencia absuelve al agente provocador, aunque distingue entre los casos que denomina de **«delito provocado»**, en los que se suscita la idea criminal en quien no estaba ya predispuesto, y aquéllos otros (frecuentes en el tráfico de drogas) en que se trata sólo de conseguir la prueba de una actividad delictiva habitual. En el primer caso la jurisprudencia *absuelve también al inducido*, mientras que en el segundo lo castiga. Ver SSTS 20 mayo 97, 16 jul. 99. Cfr. García Valdés, Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, pp. 246 s. En el caso de las drogas, todo ello se aplica aunque suele llegarse a la consumación, porque ésta se considera entonces meramente formal.

58. Así Ruiz Antón, Agente, p. 267 ss.

caso como autor (accesorio) de un *delito imprudente*,[59] salvo que la consumación fuera absolutamente imprevisible de antemano.

73 ¿**Basta el dolo eventual** para la inducción? La doctrina entiende que sí. *Ejemplo:* A cuenta a B las continuas infidelidades de su esposa C sin pretender directamente que ello lleve a B a agredir a C, pero sabiendo perfectamente y aceptando que tal cosa puede suceder fácilmente habida cuenta del carácter y el comportamiento habitual de B; en efecto, éste causa a C lesiones graves.

74 En cualquier caso, el dolo del inductor constituye el límite de su responsabilidad en concepto de tal en caso de **exceso del inducido** (cuando éste realiza un delito más grave o distinto a aquél a que se pretendía inducir).[60] Mas ello no obsta, según una parte de la doctrina, a la posibilidad de que pueda castigarse por imprudencia por el exceso, si éste era previsible.[61]

75 B) La **inducción a un hecho imprudente** es posible si se admite la participación en hechos de esta naturaleza. Requiere el mismo **tipo objetivo** que la inducción a un hecho doloso, salvo que la causación de la decisión del autor no ha de ser una decisión de delinquir, sino de realizar una conducta imprudente, y que, en consecuencia, el autor no debe llevar a cabo tampoco un hecho doloso, sino un hecho imprudente (de autoría). En el **tipo subjetivo**, en lugar del dolo debe concurrir en el inductor la voluntad de inducir a realizar la conducta imprudente. No cabe una inducción *por* imprudencia, sin voluntad de inducir.

76 *Ejemplos:* El acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce una colisión grave. Hay inducción a un hecho imprudente. A no advierte que, al contarle a B las infidelidades de su esposa C, le hace surgir la idea de matar a ésta, lo que acaba haciendo. No hay inducción.

5. *La cooperación*

77 A) Es característica del CP la distinción de dos clases de cooperadores: el **cooperador necesario**, equiparado al autor aunque realmente no lo sea, y el **cómplice** en sentido legal estricto. Alude la ley al primero diciendo que «también serán considerados autores: b) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado» (art. 28, b CP). «Son cómplices

59. Solución absolutamente dominante: cfr. Ruiz Antón, Agente, pp. 278 ss. (la admite en p. 284); Muñoz Sánchez, Agente, p. 69.

60. Cfr. p. ej., Antón, PG, p. 438; Mir Puig, Adiciones, p. 974; Rodríguez Mourullo, Comentarios I, p. 856; Baldó, ADPCP 1989, pp. 1113 ss.

61. Cfr., en la doctrina española: Baldó, pp. 117 ss.; Gómez Benítez, PG, p. 513; Rodríguez Mourullo, Comentarios I, p. 859, nota 77.

—declara el art. 29 CP— los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». La **delimitación de ambas figuras** constituye el principal problema práctico en esta materia (sobre la distinción de la coautoría en sentido estricto y la cooperación necesaria cfr. *supra* I, 2 B). De una u otra calificación depende que se castigue al cooperador como al verdadero autor o con la pena inferior en grado.

78 En la interpretación de la fórmula del art. 28, b) ha oscilado la doctrina española entre **un punto de vista abstracto y otro concreto**. Desde el primer punto no basta para la cooperación necesaria que la ayuda prestada condicionara la forma concreta en que se manifestó el hecho, como afirman los partidarios de la perspectiva concreta, sino que sería preciso que sin la ayuda el hecho no hubiera podido efectuarse tampoco bajo otras circunstancias. No obstante, nadie llega en realidad a mantener un punto de vista rigurosamente concreto, que conduciría a dejar sin contenido en la gran mayoría de los casos a la complicidad. La diferencia debe fijarse, pues, en base al grado más o menos elevado de abstracción que se maneja.[62]

79 Dos criterios principales se han propuesto para superar la inseguridad que supone la situación descrita. Por una parte, se arranca del punto de vista concreto pero requiriéndose sólo la necesidad de la cooperación para la *producción del resultado*, sin requerir además que resulte necesaria para las *modalidades de la acción*.[63] Por otra parte, se atiende a la *escasez* de la aportación para decidir la calificación de cooperación necesaria o complicidad: si la aportación constituye un «bien escaso» para el autor en su situación concreta, constituirá cooperación necesaria, si no lo es, complicidad.[64]

80 Ambas perspectivas, que pueden matizarse, me parecen compatibles porque fundamentalmente apuntan a aspectos distintos del problema.

81 Mientras que la primera posición trata de determinar los aspectos del hecho de los que debe ser condición la cooperación (responde a la cuestión: *¿para qué* debe ser necesaria la cooperación?), la segunda posición ofrece un criterio para decidir cuándo la misma debe considerarse condición del hecho (responde a la cuestión: *¿qué se entiende por necesidad* de la cooperación?). La solución del problema debe combinar aspectos acertados existentes en las

62. Sobre esto, con completa referencia bibliogr., cfr. Gimbernat, Autor, pp. 131 ss. El TS acoge una perspectiva preferentemente concreta (cfr. *ibidem*). Sobre el punto de vista concreto, cfr. SSTS 6 oct. 81, 19 en. 88, 6 oct. 89, 3 jun. 91, 25 sep. 2001.

63. Así Antón Oneca, PG p. 441. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 872 s., distingue más acertadamente entre el «si» y el «cómo» del hecho, e incluyendo en el «si» del hecho su realización en el momento histórico concreto elegido, que quedaría descartada por su aplazamiento (p. 875).

64. Así Gimbernat, Autor, pp. 152 ss. Cfr. SSTS 29 dic. 69, 21 en. 70, 29 oct. 70, 20 dic. 71, 1 mar. 72, 19 mayo 75, 18 nov. 77, 26 en. 84, 19 mayo 95, 12 jul. 95, 29 sep. 2000, 5 feb. 2001. En su Introducción, Gimbernat evita la terminología de «bienes escasos», criticada por Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 874, y formula su posición más precisamente diciendo que «lo único decisivo es si la aportación ha de considerarse, *ex ante*, como de gran importancia para la ejecución del delito»: p. 145. También así la STS 12 feb. 97. Rodríguez Devesa, PG p. 768, propone otra fórmula: «La actividad desplegada por un cooperador en el delito será necesaria (imprescindible) cuando ninguno de los que en él tuvo intervención hubiera podido sustituirle». Critica, con razón, esta limitación a la posibilidad de sustitución por los que intervienen en el hecho Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 875, nota 20.

dos posiciones. La primera acierta al distinguir entre el «si» y el «cómo» del hecho (mejor que entre el «resultado» y las «modalidades de la acción», distinción que sólo apunta a los delitos de resultado), pero a condición de que se entienda por el «si» del hecho la realización de los elementos típicos *(el «hecho» como tipo)* dentro del tiempo en que persiste (y no ha sido abandonada entre tanto) la resolución criminal originaria, y se incluyan en el «cómo» sólo aquellas circunstancias ejecutivas irrelevantes para la individualización del tipo. Así, p. ej., aun existiendo otras armas que permitirían un «homicidio», la aportación de un medio alevoso como el veneno puede resultar necesaria para el «si» del asesinato, aunque verse sobre las modalidades de la acción: en cambio, la aportación de un arma que no variase la calificación de asesinato que determinarían también las demás armas utilizables por el autor, no sería necesaria para este delito. La segunda posición (**teoría de los bienes escasos**) tiene razón al situar el punto de mira *ex ante*, porque nunca podrá saberse con seguridad si luego el autor hubiera podido o no cometer el delito sin la cooperación. En cuanto al criterio de la «escasez», es útil para auxiliar a decidir si la aportación se presentaba *(ex ante)* ante los ojos del espectador objetivo, atendido el plan del autor, como *condicio sine qua non* de la realización del tipo. Pero lo decisivo es en cualquier caso, según impone la fórmula del art. 28, b, la constatación (por aquél o por otro medio) de que *ex ante* apareciera la cooperación como necesaria.

82 La j**urisprudencia** ha decidido la distinción de autoría (en el sentido legal amplio del art. 28) y complicidad acudiendo al criterio de existencia o no de *acuerdo previo* (así SSTS 16 oct. 81, 25 sept. 93, 10 oct. 95), junto a los de la mayor o menor *importancia causal* de la contribución (así SSTS 23 febr. 79, 13 dic. 79, 12 jul. 95)[65] y de *«rareza, escasez y dificultad»* (STS 10 abr. 81 y 4 oct. 82, 12 jul. 95). Pero el acuerdo previo puede concurrir también en la complicidad, por lo que no puede constituir un criterio de diferenciación. La STS 5 feb. 2001 declara que el TS viene afirmando, desde la STS 11 junio 99, que mientras que la actividad del cómplice es secundaria, accesoria o auxiliar, el cooperador necesario aporta: 1) una *condicio sine qua non* del delito; 2) que constituye un bien escaso; y 3) que implica dominio del hecho porque su retirada impediría el delito. Así también SSTS 245/2003 de 21 febr., 1315/2005 de 10 nov., 37/2006 de 25 en., 891/2006 de 22 set., 1018/2006 de 26 oct., 575/2007 de 9 jun., 790/2007 de 8 oct. y 856/2007 de 25 oct.

83 En la práctica se plantea con frecuencia la cuestión de la calificación de los **actos de vigilancia**. El TS los califica como «autoría» (sin aclarar generalmente si es en sentido legal o doctrinal) cuando entran en el plan o proyecto de ejecución de los delitos contra la propiedad (STS 23 febr. 79. Ver también STS 8 jun. 85). Constituirán generalmente verdadera coautoría (art. 28, primer párrafo), y

65. Por su parte, las SSTS 699/2005, 6 de jun., 371/2006, 27 de mar. y 1394/2009, 25 de en., definen la complicidad como "una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. En definitiva, el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis». Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior".

no sólo cooperación necesaria (art. 28, b), si tienen lugar durante la ejecución[66] (*vid. infra*, B b).

B) a) Ni el art. 28, b) ni el 29 CP precisan los **medios** por los que pueden tener lugar los actos de cooperación. Se discute si tiene cabida en ésta la de naturaleza **psíquica** (o moral)[67] o sólo la **material**, y si puede tener lugar por **omisión** o únicamente por **actos positivos**.[68] **84**

Ambas cuestiones dependen de la interpretación que se dé al término «acto» empleado por la ley para referirse a la cooperación. Político-criminalmente es preferible la interpretación amplia. Gramaticalmente la misma no plantea problemas en orden a la **cooperación psíquica**, puesto que ésta también tiene lugar por los actos físicos que les sirven de vehículo (el consejo o el asesoramiento suponen *por lo menos* el acto de hablar y con frecuencia muchos otros, como el de acudir a una entrevista en un determinado lugar). Más difícil es admitir la **cooperación por omisión**.[69] No es cierto que la palabra «acto» pueda interpretarse literalmente como comprensiva del no actuar, pues «acto» procede de *actus*, participio pasado del verbo latino *ago*, que tiene un significado inequívocamente *activo* (término éste del mismo origen). Sólo cabe entender que permite la omisión en la medida en que se acepte que también toda omisión tiene lugar mediante un comportamiento *socialmente* positivo distinto al esperado, comportamiento que en general es *físicamente* activo.[70] Pero no siempre lo es, en cuyo caso la única solución satisfactoria requiere una interpretación extensiva del término «acto» en el sentido de comportamiento *socialmente* positivo. En todo caso, para que la cooperación omisiva equivalga a la activa será necesaria *posición de garante* en el cooperador. **85**

b) En cuanto al **momento** de la participación, según la distinción propuesta *supra* I, 2 B, la cooperación necesaria del art. 28, b CP debe tener lugar en la fase preparatoria o, si es simultánea a la ejecución del hecho, no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización del mismo, pues de otro modo daría lugar a la auténtica coautoría del art. 28, primer párrafo CP. La cooperación necesaria durante la fase ejecutiva será, pues, excepcional, ya que su carácter necesario la erigirá en principio en coautoría en sentido estricto.[71] **86**

---

66. La STS 21 febr. 89 sostiene la presencia de coautoría según el anterior art. 14, 1º en quien espera en un vehículo durante la ejecución de un robo: ver el comentario de Baldó y otros, PJ nº 27, pp. 189 ss. Ver SSTS 5 feb. 92 y 10 feb. 92.

67. En contra Antón Oneca, PG, pp. 439 s. A favor Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 879, 894; Ferrer Sama, Comentarios, II, p. 59; SSTS 30 en. 45, 17 oct. 61, 22 mar. 66, 8 feb. 64, 13 nov. 92.

68. A favor Córdoba Roda, Notas, II, p. 345; Quintano Ripollés, Comentarios, pp. 267, 275; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 879, 892 ss., insistiendo en la necesidad de posición de garante; las SSTS 10 dic. 82, 28 oct. 83, 26 en. 84 hablan de «omisión comisiva» para referirse a la pasividad de los intervinientes para facilitar el hecho del autor. La STS 31 en. 86 admite que tanto la cooperación necesaria como la complicidad pueden tener lugar por omisión si concurre posición de garante: Ver el comentario de Luzón Peña, Poder Judicial 1986, pp. 73 ss. En la misma línea STS 8 oct. 91, con comentario de Díaz y García, PJ 24 (1991), pp. 203 ss. También SSTS 12 jun. 92, 13 nov. 92, 15 jun. 94, 27 en. 95, 11 mayo 99, 9 oct. 2000. En contra Antón Oneca, PG pp. 424 s.

69. Vid. Robles, Garantes y cómplices cit., *passim.*

70. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 53 ss.

71. Cfr. Roxin, Libro-Homenaje a Jiménez de Asúa, p. 66. Pero no cabe descartar por completo la posibilidad de una cooperación necesaria durante la ejecución que no llegue a constituir parte esencial

En cambio, no existe ninguna dificultad para que la «complicidad» del art. 29 CP pueda prestarse tanto mediante actos anteriores (preparatorios) como simultáneos, según expresamente prevé la ley. Se admite generalmente que la **promesa de favorecimiento** posterior a la consumación, cuando es hecha con anterioridad al delito, constituye también cooperación y no encubrimiento.[72]

87 c) ¿Es precisa la **relación de causalidad** entre la complicidad y el delito cometido?[73] La doctrina española y el TS parecen convenir en que no es precisa una propia causalidad condicionante del resultado, sino que basta para la cooperación un favorecimiento eficaz del hecho[74]. El TS excluye la complicidad cuando la ayuda no refleja su eficiencia en el hecho.[75]

88 Todo depende, claro está, del concepto de causalidad que se maneje. Si se considera suficiente, como hace Jescheck, la «causalidad fortalecedora», consistente en el mero *facilitamiento* de la producción del resultado,[76] las diferencias reales entre la exigencia de causalidad y la opinión española reseñada se diluyen **en la cooperación activa**. En ambos casos se excluyen de la complicidad los casos en que alguien aporta un medio de cooperación no incorporado en definitiva al plan de ejecución, salvo que la contribución haya servido para reforzar la decisión criminal (complicidad psíquica).

89 *Ejemplo:* La bicicleta prestada por A no le parece conveniente a B, quien prefiere utilizar una motocicleta. No hay complicidad. Sí la habría si el plan dejase para el último momento, a la vista de los últimos detalles, si había que utilizar o no la bicicleta y al final no pareciese oportuno usarla. Ahora bien, por lo que respecta a la cooperación omisiva es preferible la terminología española del «favorecimiento», porque **en la omisión** no puede hablarse de ninguna forma de causalidad efectiva.

90 C) El TS admite la punición de la **cooperación necesaria imprudente**, pero no la de la **complicidad imprudente**, exigiendo en este caso constantemente la concurrencia de dolo (SS. 15 abr. 1889, 19 febr. 1935, 19 oct. 1943, 10

---

del plan: piénsese en el supuesto de cooperaciones marginales prestadas lejos del lugar de ejecución del plan, pero durante la misma, que no obstante su carácter secundario el autor pone como condición de su actuación criminal. Ver también el caso de la STS 2 abr. 92.

72. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 445; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 891; Ferrer Sama, Comentarios, II, p. 333. En contra, acertadamente, de la posibilidad de una ayuda no pactada previamente que tenga lugar después del comportamiento del autor pero antes del agotamiento del delito —que admite la doc. dom. alemana—, Rudolphi, Jescheck-Fest., pp. 575 s., 579.

73. Cfr. las obras de Class, Dreher, Rutkowsky, Salomon, Samson, Spendel y Vogler, cit. en la bibliogr.

74. Cfr. Gimbernat, Autor, pp. 170 ss., 209, 211; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 890; SSTS 13 dic. 79, 31 mayo 85, 5 feb. 2001. En cambio, STS 13 nov. 92 exige relación de causalidad.

75. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 890. Sobre la exigencia de una contribución eficaz, facilitadora, SSTS 21 en. 87 y 26 febr. 87 y 3 nov. 92.

76. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 965, basándose en Class, Op. cit., pp. 114 ss., y Dreher, op. cit., p. 555.

mayo 1968, 16 oct. 89, 21 mar. 97).[77] Ello resulta abonado por el nuevo sistema de incriminación cerrada de la imprudencia en el actual CP, que impide castigar hechos imprudentes que no se hallen previstos expresamente por la ley: el Código no castiga expresamente la complicidad imprudente.[78] Como en la inducción, para la cooperación dolosa se requiere la presencia de **doble dolo**, referido al acto de cooperación y a la ejecución del hecho principal (SSTS 627/2006 de 8 jun., 988/2006 de 10 oct., 1226/2006 de 15 dic., 432/2007 de 24 mayo y 627/2006 de 8 jun., 258/2007 de 19 jul.). Basta también el **dolo eventual**. Debe subrayarse que para el dolo requiere la jurisprudencia el conocimiento del *carácter delictivo*, sin el cual la participación se estima impune (SSTS 13 febr. 1963, 28 jun. 1963, 16 oct. 89).[79]

91 D) Es necesario que, por lo menos, se haya iniciado la ejecución (**tentativa**) del hecho para el cual se presta la cooperación. Así se desprende de la interpretación del término «hecho» que la doctrina coincide en proponer para la inducción y que utiliza la ley también para la cooperación necesaria y la complicidad (cfr. *supra*, 4 A a b').

77. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 895 s., quien, pese a entender que en nuestro Derecho no existe obstáculo alguno para la punición de la complicidad culposa, cree quizás explicable su negación por la jurisprudencia por la escasa gravedad de dicha figura.

78. A diferencia de lo que ocurre con la cooperación necesaria (cfr. *supra*, Lec. 14, I 4 E a). Sólo en parte coincido, pues, con Luzón, Curso, p. 507. Coincidimos, en cambio, en admitir la punibilidad de la complicidad *dolosa* (queriendo la lesión) en un delito imprudente (*ibidem,* p. 509, y *supra*, II 3 B).

79. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 895.

Lección 16.
AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD. – LEGÍTIMA DEFENSA

Bibliografía

Baldó, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Blanke*, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, Bonn 1960; *Bolea*, El exceso intensivo en la legítima defensa putativa, Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, http://criminet.ugr.es/recpc, 03 (2001) (= ADPCP 1998, pp. 613 ss.); *Carbonell*, El sistema de justificación en el artículo 20 CP/1995, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 121 ss.; *el mismo*, La justificación penal, 1982; *el mismo*, El sistema de justificación en el art. 20 del CP de 1995, CDJ, 1997; *Cerezo*, Consideraciones generales sobre las causas de justificación, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 441 ss.; *Constantinidis*, Die «actio illicita in causa», 1982; *Corcoy*, «Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad, ADPCP 1991, pp. 903; *Córdoba Roda*, Las eximentes incompletas en el Código penal, 1966; *Cuello Contreras*, Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 147 ss.; *Cuerda*, Sobre el concurso entre causas de justificación, ADPCP 1990, pp. 519 ss. (=en Luzón/Mir [coords.], Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 215 ss.); *el mismo*, La concurrencia de causas de justificación, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008; *Dieckmann*, Pladoyers für die eingeschränkte Schuldtheorie bei Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Jura 1994, pp. 178 ss.; *Díez Ripollés*, La categoría de la antijuricidad en Derecho penal, ADPCP 1991, pp. 715 ss. (=en Luzón/Mir [coords.], Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 87 ss.); *zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal..., 1905; *Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, en Festschrift für Heinitz, 1972, pp. 207 ss.; *Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, I, pp. 401 ss.; *Eser/Gimbernat/Perron (ed.)*, Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995 (con trabajos de Cerezo, Hirsch, Gimbernat, Perron, Bacigalupo, Maiwald, Mir Puig, W. Frisch y Roxin); *G. Fernández*, El elemento subjetivo de justificación en Derecho penal, 2015; *W. Frisch*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, en Festschrift für Lackner, 1987, pp. 113 ss.; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, en Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 155 ss.; *García de Vicente*, Homicidio por necesidad. La legítima defensa en la teología tardomedieval, Frankfurt, 1999; *Gil Gil*, El tipo subjetivo de las causas de justificación, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008; *Gimbernat*, El estado de necesidad, un problema de antijuricidad, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990, pp. 218 ss.; *Gómez Benítez*, El ejercicio legítimo del cargo, 1980; *Gössel*, Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts, en Festschrift für Triffterer, 1996, pp. 93 ss.; *Graul*, ¿Legítima defensa o defensa putativa?, RDPCr (3) 1999, pp. 183 ss.; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *el mismo*, Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, en Festschrift für Spendel, 1992, pp. 189 ss. (=en Luzón/Mir [coords.], Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 45 ss.); *Hassemer/Larrauri*, Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal, 1997; *Heimberger*, Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, 1907;

Herzberg, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungsglage, JA, 1986, pp. 90 ss.; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, en Gedächtnisschrift für Tjong, 1985, pp. 50 ss.; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsründe, en Festschrift für Dreher, 1977, pp. 189 ss.; *el mismo*, Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht, GA, 1980, pp. 1 ss.; *el mismo*, Reglas de comportamiento y reglas de imputación, en Luzón/Mir [coords.], Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 171 ss.; *Iglesias*, Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales, 1999; *el mismo*, Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa, 1999; *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006; *Jakobs*, Kommentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Plichtenkollision), en Eser/Nishihara (ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung, IV, 1993, pp. 143 ss.; *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 393 ss.; *el mismo*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie; *Arthur Kaufmann*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, pp. 653 ss.; *el mismo*, Tatbestand, Rechtfertigung und Irrtum, JZ, 1956, pp. 353 ss. y 393 ss.; *el mismo*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung..., en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 327 ss.; *el mismo*, Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?, JZ 1992, pp. 981 ss.; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW (1952), pp. 255; *Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordung, 1978; *Lampe*, Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978, pp. 7 ss.; *Lange*, Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, en Festschrift für H. v. Weber, 1963, pp. 162 ss.; *Langer*, Verfassungsvorgaben für Rechtfertigungsgründe, JR 1993, pp. 1 ss.; *Lenckner*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordenis pflichtgemässer Prüfung, en Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 165 ss.; *el mismo*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, pp. 295 ss.; *Loos*, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, en Festschrift für Oehler, 1985, pp. 227 ss.; *López Mesa/Cesano*, Antijuricidad y causas de justificación, 2010; *Luzón Peña*, El doble fundamento de la legítima defensa, CPC nº 3 (1977), pp. 101 ss.; *el mismo*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978; *el mismo*, El error sobre causas de justificación..., La Ley 1989-3, pp. 573 ss.; *el mismo*, *Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 243 ss.; *el mismo*, Causas de atipicidad y causas de justificación, en Luzón/Mir (ed.), Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995; *el mismo*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, en InDret 1/2013; *Mañalich*, Normas permisivas y deberes de tolerancia, en Mañalich (coord.), La antijuridicidad en el Derecho penal, 2013; *Maqueda*, Los elementos subjetivos de justificación, La Ley, 11 mayo 84, pp. 1 ss.; *Marxen*, Die «sozialethischen» Grenzen der Notwehr, 1979; *Méndez*, Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación, LH Barbero Santos, (Vol. I) 2001, pp. 1179 ss.; *el mismo*, Consideraciones sobre el valor del resultado en las causas de justificación y su relación con el elemento subjetivo de justificación, en LH a la Profesora Díaz Pita, 2008; *Jutta Minas-von Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982; *Molina*, El estado de necesidad como ley general. Aproximación a un sistema de causas de justificación, RDPCr (nº extra) 2000, pp. 199 ss.; *el mismo*, Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008; *Nacka*, Die Apellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, pp. 210 ss.; *Noll*, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, SchwZStr, 80 (1964), pp. 160 ss.; *el mismo*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), pp. 181 ss.; *Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951), pp. 287 ss.; *Ortiz de Urbina*, De moscas y agresores muertos, en InDret, 2008; *Paeffgen*, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 399 ss.; *Palermo*, La legítima defensa: una revisión normativista, 2006; *Pawlik*, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 2002; *Perron*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; *el mismo*, Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán, en Luzón/Mir (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, pp. 45 ss.; *el mismo*, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Notwehr, en Festschrift für Albin Eser, 2005; *Pessoa*, Legítima defensa, Buenos

Aires 2001; *Pomares*, La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes, 2004; *Puppe*, Zur Struktur der Rechtfertigung, en Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pp. 183 ss.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994; *Requejo*, La legítima defensa, 1999; *Reyes Echandía*, La antijuridicidad, Bogotá, 1981; *Robles*, Sobre la exclusión del injusto penal, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Rodríguez-Mourullo*, Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad, en Libro-Homenaje a Antón Oneca, 1982, pp. 509 ss.; *el mismo*, Legítima defensa real y putativa en la doctrina del TS, 1976; *Romeo Malanda*, Las eximentes por analogía en el CP español de 1995, en RDPCr nº 16, 2005; *Roxin*, Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1972; *el mismo*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2ª ed., 1970 (=Teoría del tipo penal, trad. Bacigalupo, Buenos Aires, 1979); *el mismo*, Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena, CPC nº 46 (1992), pp. 169 ss.; *el mismo*, Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena, en el mismo, Dogmática penal y Política criminal, Lima, 1998, pp. 83 ss.; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts, en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 51 ss.; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 371 ss.; *Rusconi*, La justificación en el derecho penal, 1996; *el mismo*, El funcionamiento de las causas de justificación, 2008; *Sanz*, Teoría general de la justificación, RP (5) 2000, pp. 74 ss.; *el mismo*, Los elementos subjetivos de justificación, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 723 ss.; *el mismo*, Los elementos subjetivos de justificación, 1993; *el mismo*, Naturaleza del sistema de justificación, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008; *Sarno F./Sarno M.,* L'evoluzione della legittima difesa, 2008; *Schaffstein*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, pp. 196 ss.; *Scheffler*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, Jura 1993, pp. 617 ss.; *Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, en Festschrift für Engisch, 1969, pp. 433 ss.; *el mismo*, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, en Festschrift für K. Lackner, 1987, pp. 77 ss.; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen 1978; *el mismo*, Solidaritätspflichten im Strafrecht?, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (ed.), Recht und Moral, 1991, pp. 295 ss.; *Semeraro*, Riflessioni sulla riforma della legitima difesa e sull'autotutela in un privato domicilio, en Casazione Penale, nº 3, 2006; *Silva*, Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia, en Cuestiones actuales de la teoría del delito (Luzón Peña/Mir Puig [dirs.]), 1999, pp. 155 ss.; *el mismo*, Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación, Estudos em Homenagem ao Figueiredo Dias. Vol. II., 2009; *el mismo,* Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Steinbach*, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen..., 1978; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), pp. 41 ss.; *Tomás-Valiente Lanuza*, El concurso entre causas de justificación: una aproximación, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008; *la misma*, El efecto oclusivo entre causas de justificación, 2009; *Trapero*, Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal, 2000; *la misma*, El examen conforme a deber: ¿especial elemento subjetivo de justificación?, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 827 ss.; *la misma,* El error en las causas de justificación, 2004; *la misma*, Los elementos subjetivos en las causas de justificación: una propuesta de interpretación a debate, en Carbonell Mateu/Martínez Garay (coords.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008; *Valle*, El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, 1994; *el mismo*, Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español, ADPCP 1992, pp. 561 ss.; *Vásquez Shimajuko*, Las agresiones extrapenales en la legítima defensa, en Rev. Peruana de Jurisprudencia, nº 32, 2003; *Vassalli*, La dottrina italiana dell'antigiuridicità, en Festschrift für H.-H. Jescheck, 1985, I, pp. 427 ss.; *Vela Treviño*, Antijuridicidad y justificación, 2ª ed., México, 1986; *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen..., 1970; *Warda*, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 143 ss.; *v. Weber*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, pp. 261 ss.; *Welzel*, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, pp. 142 ss.; *Widmaier*, Die Teilbarkeit der Unrerchtsbewertung, JuS 1970, pp. 611 ss.; *Wilenmann*, Injusto, justificación e imputación, en Mañalich (coord.), La antijuridicidad en Derecho penal, 2013; *Wolter*, Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschließungsgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin, GA 1996, pp. 207 ss.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. Ausencia de antijuridicidad: consideraciones generales

1 1. Para la presencia de un delito es preciso, como se ha visto en las lecciones anteriores, un *comportamiento humano* subsumible en un «*tipo*» de conducta previsto en principio en la Parte Especial del Código penal. Pero ello no basta, pues puede suceder que tal comportamiento típico se halle *justificado* por la concurrencia de una **causa de justificación**. Faltará entonces la antijuridicidad de la conducta y desaparecerá la posibilidad de considerar que la misma constituya delito.

2 Adviértase que, según esto, la comprobación última de la antijuridicidad de una conducta tiene **carácter negativo**. Primero se trataba de determinar si concurrían positivamente los elementos fundamentadores del injusto penal —esto es, si se realizaban los elementos específicos de un tipo de injusto penal—. Ahora, en cambio, importa averiguar a continuación si concurre alguna causa que *excluya* la antijuridicidad. Si no concurre ninguna causa de justificación, el hecho será sin más antijurídico.

3 *Ejemplo:* Lesionar a otro es un hecho típico, y en general será antijurídico, pero, para confirmar si lo es en el caso concreto, habrá que comprobar que *no* concurra ninguna causa de justificación, como, p. ej., legítima defensa.

4 La exclusión de la antijuridicidad puede tener lugar por las **causas de justificación en sentido estricto,** previstas en principio en el Libro I del Código penal (art. 20), pero también por la **suposición errónea objetivamente invencible** de que concurren los presupuestos típicos de alguna de ellas (cfr. *infra*, 5).

5 2. La **relación existente entre el tipo y la exclusión de la antijuridicidad** se contempló ya en la lección de introducción a la teoría del delito y en la correspondiente a la antijuridicidad en general. Baste aquí recordar lo más fundamental. Existen dos opiniones contrapuestas en este punto: por una parte, la **posición tradicional**, según la cual, la exclusión de la antijuridicidad no implica la desaparición de la tipicidad y, por consiguiente, cabe hablar de «conducta típica justificada»; por otra parte, la **teoría de los elementos negativos del tipo**, que considera que las causas de justificación eliminan la tipicidad. Esta última posición entiende que el «tipo» de la doctrina tradicional constituye sólo la *parte positiva* del tipo total de injusto, a la que debe añadirse la *parte negativa* representada por la no concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Aunque nos apartamos de esta concepción del tipo, ya señalé que debe admitirse que la concurrencia de causas de justificación excluye la presencia del *supuesto de hecho* antijurídico. El tipo del delito no describe por completo el *hecho* antijurídico, sino sólo los elementos que lo fundamentan positivamente. El hecho antijurídico completo requiere además la ausencia de los presupuestos

típicos de una causa de justificación (p. ej., que no concurriera una agresión ilegítima ante la que hubiera necesidad de defenderse). Puede, pues, decirse que las causas de justificación, si no elementos negativos del tipo, sí son *elementos negativos del supuesto de hecho* antijurídico. También decir que las causas de justificación suponen situaciones típicas (la de la legítima defensa, la del estado de necesidad, etc.) calificables de **«tipos negativos»**, que, a diferencia de los tipos de delito, no fundamentan positivamente el injusto, sino que lo niegan (cfr. Lección 6, IV 1). Ello tendrá, como veremos, consecuencias a la hora de decidir el tratamiento del *error* sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación.

6 Ha de subrayarse, no obstante, el reconocimiento del **distinto significado de la parte positiva y la parte negativa** del supuesto de hecho antijurídico. La doctrina actual tiene razón al señalar, desde el punto de vista de la **relación formal** entre ambas partes, que su *función* respectiva es inversa: aparte de lo que acabamos de decir (el tipo del delito fundamenta positivamente el injusto y las causas de justificación lo excluyen), a la parte positiva pertenecen los *elementos específicos* («típicos») de la clase de delito de que se trate y que lo diferencian de otros delitos, mientras que la parte negativa, la ausencia de causas de justificación, es *genérica* para todo hecho. También es cierto que a este distinto significado estructural corresponde a su vez un diverso **sentido material**. Así, la sola concurrencia del tipo positivo ya basta para considerar «*relevante*» el hecho para la consideración jurídico-penal (como Welzel ha dicho, matar a una persona, aunque sea justificadamente, tiene siempre mayor relevancia que matar a un mosquito).[1] Dicha «relevancia» es suficiente para que de la concurrencia del tipo del delito se desprenda ya una **«función de llamada»** o de advertencia. La razón de todo ello es que la realización del tipo del delito supone ya un ataque imputable del bien jurídico correspondiente, ataque que no desaparece, sino que sólo se justifica, cuando concurre alguna causa que excluye la antijuridicidad.

7 3. Dos concepciones distintas se mantienen acerca de la **estructura normativa de la justificación**: por una parte, la que sostiene que el hecho justificado sigue infringiendo la **norma prohibitiva** o **preceptiva** correspondiente, pero se halla permitido por una **norma permisiva**; por otra parte, la que no admite que un hecho justificado pueda infringir ninguna norma. Según la primera construcción, quien mata a otro en legítima defensa infringiría la norma que prohíbe matar, pero actuaría bajo el amparo de la norma permisiva que establece la legítima defensa; según la segunda, actuaría en un caso en que no se le prohíbe matar y, por tanto, no infringiría ninguna prohibición. Una u otra opción dependen del sentido en que se emplee el

1. Cfr. Welzel, Lb. p. 81 (=trad. pp. 118 s.). Mezger, Tratado, I, pp. 340 s., menosprecia la importancia de la relevancia jurídico-penal del hecho «típico». También Roxin, Teoría del tipo, p. 283; sin embargo, éste reconoce la utilidad de distinguir la parte fundamentadora y la parte excluyente del injusto, como fases sucesivas en la resolución de casos prácticos: p. 275.

término «norma» y de la posición que se adopte ante la cuestión acabada de examinar de la relación entre tipo y antijuridicidad.

8 Quien use el término «norma» en el sentido de texto legal prescriptivo, deberá acoger la primera construcción, puesto que el hecho típico justificado es subsumible tanto en el texto legal que describe el tipo (que entonces podría verse como «norma prohibitiva o preceptiva»), como en el que prevé la causa de justificación (que podría considerarse una «norma permisiva»). No es éste el sentido en que suele usarse el término «norma» en la dogmática del delito, ni es el que se emplea en esta obra. Aquí utilizamos aquel término en su sentido usual en la teoría del delito, de prohibición o mandato definitivamente dirigido al ciudadano, que surge de la puesta en relación de varios textos legales (ver Lección 2). Que el hecho sea subsumible en el precepto que prevé el tipo no significa, todavía, que infrinja una norma prohibitiva o preceptiva; puede entenderse que ello no sucede cuando el hecho está justificado.

9 Ahora bien, una excesiva separación de los conceptos de tipicidad y antijuridicidad ha conducido al **finalismo ortodoxo** a entender que el tipo agota la *descripción del hecho* prohibido (lo que llama «materia de prohibición»), mientras que la antijuridicidad o la justificación supondrían solamente la *valoración jurídica* de dicho hecho como no permitido o permitido. Ello le ha llevado a acoger la primera de las dos construcciones normativas acabadas de exponer, por una razón distinta a la equiparación de los conceptos de norma y texto legal prescriptivo: el hecho típico, concebido como la «materia de prohibición», infringiría *siempre* la correspondiente *norma prohibitiva* (o *preceptiva*, en la omisión), *aunque esté justificado*, pero se hallaría permitido por una *norma permisiva*.[2] En cambio, si se admite —como hace la teoría de los elementos negativos del tipo, pero también como hacemos en esta obra—que el hecho efectivamente prohibido supone la ausencia de causas de justificación, cabe afirmar que el hecho justificado no puede infringir en ningún momento norma prohibitiva alguna. La disposición que establece la causa de justificación *recorta* el ámbito de lo *prohibido*. Esta conclusión evita la importante dificultad lógica con que tropieza el otro modelo, si por prohibición no se entiende un mero texto legal, sino el mensaje finalmente dirigido al ciudadano: es contradictorio, en este sentido, sostener que el hecho justificado se halla prohibido y permitido a la vez por un mismo ordenamiento jurídico-penal.

10 Pero que el hecho típico justificado no esté prohibido por la norma no significa que dicho hecho no guarde relación alguna con la norma. Como se dijo en su momento (cfr. *supra*, Lec. 6 IV 1 B), la norma presupone una *valoración negativa* del hecho típico, en cuanto éste constituye un ataque a un bien jurídico-penal objetiva y subjetivamente imputable, y ese desvalor típico no *desaparece* cuando concurre una causa de justificación y el hecho deja de estar *prohibido*, sino que aparece entonces como un *mal menor* (cfr. *infra*, 4 A). Por tanto, aunque el hecho típico justificado no está prohibido por la norma, guarda relación con las valoraciones que la norma presupone. Por otra parte, en esta obra se parte de negar que la antijuridicidad penal suponga por sí sola la infracción de la norma primaria concretamente dirigida a cada ciudadano. Esta infracción concreta exige, además, ciertas condiciones que permitan su imputación

2. Así, Welzel afirma que la conducta «típica» justificada es «antinormativa» (así Welzel, Lb. p. 80 = trad. p. 116). Pero ¿cómo puede ser antinormativa para el Derecho una conducta ajustada a Derecho?

personal (ver Lec. 5, III 2, y Lec. 6, III 1). La justificación no es, pues, la única causa que permite restringir la prohibición. Pero sí privará del desvalor objetivo necesario para considerar *prohibido* al sujeto la conducta. La ausencia de causas de justificación es, pues, condición necesaria, pero no suficiente del imperativo normativo.

11 4. A) La **razón material de la justificación** es distinta en la **causas de justificación en sentido estricto**, como las previstas en el art. 20 CP (legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber), y en la exclusión del injusto por **error invencible** (*suposición errónea invencible* de que concurren los presupuestos típicos de alguna de ellas: cfr. *infra*, 5).[3]

12 El fundamento material de las **causas de justificación en sentido estricto** puede verse en una situación de *conflicto*, que se produce en el momento de la conducta (*ex ante*) y que ha de confirmarse *ex post* como efectivamente concurrente, entre el valor propio del bien jurídico-penal atacado y otros intereses que el Derecho considera prevalentes[4]. Estas causas de justificación excluyen tanto el desvalor *global* de la conducta como el desvalor *global* del resultado. Esto último puede generar el *deber de tolerar* la conducta típica justificada, p. ej., por parte del agresor ilegítimo contra el que se reacciona, que no puede defenderse a su vez justificadamente.[5] Además, la ausencia de desvalor global del resultado puede tener otros efectos, como la desaparición de la necesidad de reparar civilmente el daño (cfr. *infra*, 7). En cambio, cuando tiene lugar la exclusión del injusto por **suposición errónea invencible** (que da lugar a las llamadas **causas de justificación putativas**), el conflicto descrito sólo es aparente *ex ante*,

---

3. Tomo esta distinción de Baldó, Estado de necesidad, p. 27, que extrae de ella importantes consecuencias. Es próxima la distinción que efectúa Luzón, Curso, pp. 575 s., entre «causas de justificación del resultado» y «causas de justificación (sólo) de la conducta». Sin embargo, entre éstas incluye, además de las que sólo excluyen el desvalor subjetivo de la acción, el estado de necesidad y otras que excluirían sólo el desvalor objetivo de la acción; a mi juicio, tal vez pueda afirmarse que en ellas concurre algún resultado *por sí solo* negativo, pero también en ellas desaparece el desvalor *global* del resultado. Son muy interesantes, no obstante, los distintos *efectos* que atribuye Luzón a las causas de justificación que también en su opinión excluyen el desvalor del resultado y las que considera que excluyen sólo el desvalor objetivo de la acción (op. cit., pp. 578 s.).

4. Sobre el «principio del interés preponderante» cfr. Mezger, Tratado, I, pp. 340 s.; Jescheck, Tratado, p. 444. Distinguen estos autores, además, el caso en que la justificación procede no ya de un conflicto de intereses, sino de una ausencia de interés en la protección penal, lo que ocurriría cuando concurre consentimiento de la víctima. Así también Sáinz Cantero, Lecciones, pp. 571 s. Mas ya veremos, al estudiar esta figura, que cuando el consentimiento determina la ausencia de interés indicada falta ya el tipo (por ausencia de objeto a proteger) y no sólo la antijuridicidad. Así Cobo/Vives, PG pp. 433-434; Carbonell Mateu, Justificación, p. 63 (ver también en este autor una amplia exposición doctrinal sobre el principio del interés preponderante: pp. 43 ss.).

5. Cfr. sobre esto, con amplia y convincente fundamentación y desarrollo, Baldó, Estado de necesidad, pp. 37, 178 ss., 326 ss., con abundantes referencias doctrinales en el mismo sentido, y mencionando otros efectos de las causas de justificación en sentido estricto en p. 38 y a lo largo de las partes II y III del libro.

por lo que no desparece el desvalor global del resultado, sino sólo el de la conducta. Pero, igual como la tipicidad requiere un resultado (*ex post*) imputable a una conducta peligrosa *ex ante* (cfr. *supra* Lec. 6/48-51), también la antijuridicidad falta cuando, aun existiendo un resultado globalmente disvalioso, éste no puede imputarse a una conducta globalmente disvaliosa *ex ante.* El desvalor de resultado subsistente puede, no obstante, tomarse en consideración en orden a una posible responsabilidad civil por daño (cfr. *infra*, 7).

13 En todo caso, como se dijo más arriba, las causas de exclusión del injusto nunca eliminan la agresión al bien jurídico (que aisladamente considerada puede seguir considerándose como un «mal»), sino que sólo determinan que el Derecho *deje de desvalorar globalmente* dicha agresión.

14 *Ejemplo:* En el homicidio en legítima defensa se hallan en conflicto la vida de un hombre, por una parte, y la afirmación del Derecho respecto a bienes jurídicos del defensor, por otra parte. Esto último se considera prevalente.

15 B) La *doctrina causalista* tradicional no consideraba necesaria, en principio, la concurrencia del **elemento subjetivo de justificación** para la exclusión de la antijuridicidad, sino que se contentaba con la presencia de los presupuestos objetivos de la causa justificación correspondiente.[6] En parte bajo la influencia del *finalismo*, la doctrina dominante en Alemania acoge en la actualidad la teoría de los elementos subjetivos de justificación. Según ésta, el fundamento de la justificación debe ser doble, no sólo objetivo, sino también subjetivo.[7]

16 Para la estimación plena de las distintas causas de justificación el Código penal exige que los presupuestos objetivos de tales causas de justificación sean *conocidos y queridos* por el autor, del mismo modo que en el tipo positivo es preciso el dolo. No hace falta, en cambio, un *ánimo adicional* de obrar en el ejercicio de la causa de justificación.[8] El conocer y querer necesario para la justificación constituye la *contrapartida del dolo típico* en las causas de justificación, no la contrapartida de los elementos subjetivos del injusto.

17 *Ejemplo:* Para la legítima defensa es necesario no sólo defenderse objetivamente, sino también saber que se está repeliendo una agresión ilegítima. Pero no es preciso un ánimo especial de defenderse legítimamente, sino que cabe también actuar por odio u otro móvil. En el CP lo confirma, a *sensu contrario* y ahora como argumento histórico,

---

6. Así en España todavía Rodríguez Devesa, PG pp. 484 s. y Carbonell Mateu, Justificación, p. 107, 16, 63.

7. Por todos Jescheck, Tratado, p. 447 s., y sobre todo Gómez Benítez, Ejercicio del cargo, pp. 130 ss. También Córdoba Roda, Notas, I, pp. 370 ss. Ver STS 29 en. 98.

8. Cfr. Gómez Benítez, Ejercicio del cargo, pp. 134 ss., 194; Blanke, op. cit., p. 134; Rudolphi, op. cit., p. 57.

el hecho de que con anterioridad a la Reforma de 1983 la ley sólo excluía estos motivos para la legítima defensa de extraños (anterior art. 8, 6º).[9]

18 El **fundamento dogmático** de la necesidad de que el sujeto conozca y quiera los presupuestos objetivos de la causa de justificación no ha de verse en una pretendida necesidad de un «valor subjetivo» que compense el «desvalor subjetivo» del hecho típico, pues ni éste es el fundamento (la razón de ser) del injusto, ni aquél lo es de la justificación. La razón última del valor o desvalor de una conducta ha de ser, en un Estado social y democrático de Derecho, objetiva, a saber: su nocividad para bienes jurídicos salvo que existan intereses prevalentes. Desde este prisma objetivo cabe decir lo siguiente: cuando el sujeto desconozca que actúa bajo los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la situación que se planteará será materialmente análoga a la de la tentativa inidónea punible, en la medida en que *ex ante* un espectador imaginario, dotado del conocimiento de la situación que tenía el autor al actuar, hubiera podido caer en el mismo error que éste.[10] Existirá entonces peligro intersubjetivo *ex ante* de una situación objetivamente incorrecta que no llega a producirse y existirá por tanto todo el desvalor de la conducta *ex ante*, aunque la lesión típica *resulte* (*ex post*) justificada (falta de desvalor global de resultado).

19 Siendo así, resulta materialmente satisfactorio, pues, el tratamiento que propone un sector importante de la doctrina alemana para los casos de desconocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: la aplicación analógica de la pena señalada a la **tentativa**.[11] Ahora bien, nuestro Derecho ofrece otra vía de solución plenamente satisfactoria que no requiere acudir a la analogía: la estimación de la **eximente incompleta**.[12] El hecho no está justificado en cuanto concurre el desvalor de la acción propio de su peligrosidad (peligro de una situación objetivamente indeseable), pero deberá atenuarse la pena por faltar el desvalor global de resultado.[13]

---

9. Vid. infra, II 2 Bc.

10. Cfr. Mir Puig, Función, p. 89.

11. Cfr. en este sentido Jescheck, Tratado, p. 449; Rudolphi, op. cit., p. 58; Gimbernat, Introducción, p. 51 (delito frustrado imposible); Huerta Tocildo, op. cit., pp. 121 ss.; Luzón Peña, en Cobo (dtr.), Comentarios, V, 1º, p. 254; el mismo, Curso, pp. 485, 580 s., pero sólo en los delitos dolosos; Mir Puig, Función, p. 89 (no me refiero al Derecho positivo, sino a una solución materialmente convincente); Sanz Morán, Elementos subjetivos, pp. 93 ss.

12. Esta vía tiene además la ventaja de que permite resolver de forma sencilla los posibles casos de falta de elemento subjetivo de justificación cuando el tipo (positivo) no llega a consumarse. La solución de la tentativa tendría que afrontar la dificultad de apreciar en tal caso por partida doble la atenuación de la tentativa. No plantea este problema aplicar en este supuesto la eximente incompleta a la tentativa. Por otra parte, evidencia la necesidad de atenuar la pena también en el caso de que el desconocimiento de los presupuestos objetivos de la justificación tenga lugar en un tipo imprudente. Ver lo que se dice sobre esto más abajo.

13. En contra de la aplicabilidad de la eximente incompleta que propongo Maqueda Abreu, La Ley, 11 marzo 84, p. 8. También en contra Sanz Morán, Elementos subjetivos, pp. 87 ss. En esta obra

20 El **finalismo ortodoxo** propone la punición por **delito consumado, sin atenuación**, por entender que el elemento subjetivo es esencial para la justificación.[14] Pero esta solución olvida la disminución de la gravedad del «desvalor del resultado», disminución que en cambio el Derecho positivo toma en cuenta rebajando la pena de la tentativa.[15]

21 Si la falta de conocimiento de los presupuestos objetivos de la justificación se da **en un delito imprudente**, deberá apreciarse también la eximente incompleta correspondiente. Así, en el ejemplo que propone Luzón de unos empleados que llevan por la escalera de un edificio una viga, golpean y rompen por descuido la puerta de una casa y al hacerlo salvan sin saberlo a una persona agredida ilegítimamente por el dueño de la casa y que logra escapar a la agresión, no debe admitirse la exención completa, como propone aquel autor,[16] sino la eximente incompleta de legítima defensa. No puede considerarse que en este caso el delito imprudente no se ha consumado y la exención viene obligada por el hecho de que la ley no castiga la tentativa imprudente. La solución alemana de apreciar la pena de la tentativa *por analogía* cuando falta el elemento subjetivo de justificación no supone desconocer que se ha producido una efectiva consumación del delito. La consumación sólo depende de que se alcance la lesión típica —y ello ha de valer también para quien admita la teoría de los elementos negativos del tipo. La solución de la eximente incompleta tiene la ventaja de permitir distinguir con más claridad la cuestión de la tentativa —atípica en los delitos imprudentes— y de la subsistencia del desvalor de acción cuando falta el elemento subjetivo de justificación —situación que puede darse en un tipo imprudente igual que en uno doloso.

22 5. La **suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación** constituye un **error sobre el tipo negativo** (es decir: sobre el supuesto de hecho típico de una causa de justificación, como cuando alguien cree erróneamente que es objeto de una agresión ilegítima) y debe tratarse, por tanto, como una **especie de error de tipo** (en este caso, de tipo negativo). Si la suposición es objetivamente invencible determinará la impunidad, y si es objetivamente vencible, la aplicación de la imprudencia (art. 14,1 CP). Debe rechazarse la opinión contraria del finalismo (**teoría estricta de la culpabilidad**), que considera presente en estos casos un error de prohibición (como error *de*

---

entiendo que el resultado constituye el punto de partida del tipo legal del delito y, también, del tipo legal de las eximentes. Éste parte de la descripción de situaciones objetivas resultantes. Cuando concurren existe ya la base conceptual de la eximente de que se trate y la posibilidad de afirmar, por tanto, su concurrencia incompleta si falta algún otro elemento. Admite la solución de la eximente incompleta a los casos de falta elemento subjetivo de justificación Valle, Elemento subjetivo, pp. 119 ss. Propone también una atenuación de la pena Triffterer, AT, Kap. 11 nº 50.

14. Vid. el análisis de las posiciones finalistas de Gómez Benítez, op. cit., pp. 163 ss. (este autor se inclina por esta solución de la pena íntegra del delito consumado): p. 175 s. También así Córdoba, Comentarios, I, pp. 247 ss., 253, 258; Maqueda, La Ley, 11 mayo 84, pp. 6, 8 s.

15. En contra de la estimación de un delito consumado alega con razón Roxin, AT, §14/103 (3ª ed.), que obligaría a admitir legítima defensa para el agresor inicial. La negación de ésta, única solución justa, presupone que se niegue el carácter de «agresión» a la actuación objetivamente necesaria para impedir la primera agresión. Ello es posible si se reconoce que dicha actuación no encuentra su desvalor de resultado en la lesión propia del delito consumado correspondiente (puesto que dicha lesión es necesaria para impedir la agresión inicial), sino en un desvalor de peligro paralelo al de la tentativa inidónea. Vid. infra, II, 2 A a cc.

16. Cfr. Lecciones, pp. 305, 352.

permisión). Sólo concurrirá un tal error de permisión cuando el sujeto crea erróneamente que le asiste una causa de justificación que en realidad *el Derecho* no admite, o cuando yerre sobre los límites *normativos* de una causa de justificación admitida legalmente (cfr. sobre esto más ampliamente *infra*, Lección 21, II 2).

El **carácter vencible o invencible** de la suposición errónea debe decidirse en función de la situación *ex ante*, esto es, retrotrayendo la observación al momento de la actuación del sujeto desde la perspectiva de un espectador ideal en la posición del autor, no en base a un juicio *ex post* que cuente con todos los datos que cabe tomar en consideración después del hecho. Bastará, pues, para la justificación por error invencible (exclusión de injusto doloso o imprudente)[17] el *examen cuidadoso* de la situación por parte del sujeto antes de actuar. **23**

Ejemplo: Ante una situación de necesidad y creyéndolo necesario para salvar el buque, el capitán del barco ordena arrojar al mar parte del cargamento tras un examen todo lo cuidadoso que permite la urgencia de la situación. Con posterioridad se demuestra que el barco se hubiera salvado sin necesidad de prescindir de la carga arrojada. El capitán actuó justificadamente. **24**

Cuestión distinta, aunque relacionada, es la de si la propia concurrencia *objetiva* de los presupuestos de las causas de justificación debe decidirse desde un punto de vista *ex ante* (en el momento de la acción) o *ex post* (con posterioridad, a la vista de los datos que luego se adviertan). La doctrina tradicional parte de la perspectiva *ex post*, salvo respecto a algún requisito particular —como el de «necesidad racional» de la defensa en la legítima defensa—. Una corriente actual, en parte vinculada al finalismo,[18] sostiene en cambio la necesidad de generalizar el punto de vista *ex ante*. Según esto, si *ex ante* aparecían como concurrentes los presupuestos de una causa de justificación (así, por ejemplo, la agresión legítima), deben sólo estimarse como efectivamente presentes, sin necesidad de acudir a apreciar un error (invencible), aunque *ex post* resulte desvirtuada la apariencia inicial. La cuestión tiene importancia dogmática si se entiende que la suposición errónea invencible de los presupuestos de una causa de justificación no excluye el injusto, sino sólo la culpabilidad —como sostiene la teoría estricta de la culpabilidad del finalismo—, pues la perspectiva *ex ante* permitirá, en cambio, afirmar la objetiva justificación. Mas la cuestión pierde trascendencia si, como aquí, se admite que también la suposición errónea objetivamente invencible de los presupuestos de una causa de justificación excluye la antijuridicidad (error de tipo negativo invencible). En todo caso, quien actúa correctamente según los datos existentes en el momento de su acción, no puede obrar antijurídicamente.[19] Ahora bien, en cualquier caso parece preferible mantener la distinción entre los casos en que concurren efectivamente los presupuestos objetivos típicos de **25**

17. Ello no supone la exclusión del «tipo» (positivo) doloso o imprudente, pero sí que el mismo constituya un injusto doloso o imprudente. Sobre la distinción de «tipo doloso» e «injusto doloso» cfr. supra, Lec. 10/69.

18. Así, desde el finalismo, Armin Kaufmann, Welzel-Fest., p. 401. Pero también desde una concepción estrictamente objetivista del injusto Cobo/Vives, PG, p. 430.

19. Así, refiriéndose a la «necesidad objetiva ex ante» como criterio de justificación, Gómez Benítez, op. cit., p. 292.

una determinada causa de justificación y aquéllos otros en que existe únicamente su suposición errónea invencible. En éstos la eximente imaginada (la causa de justificación *en sentido estricto*) no concurre realmente, sino sólo como *eximente putativa*. La distinción tiene efectos si se considera que una eximente putativa no genera en el sujeto sobre quien recaen sus efectos lesivos (p. ej., el supuesto agresor) el mismo grado de deber de tolerancia que una causa de justificación real. Así, mientras que el verdadero agresor ilegítimo no puede oponerse en absoluto a la defensa necesaria, el supuesto agresor no puede alegar legítima defensa frente al que actúa en error invencible, pero sí puede oponerse dentro de los límites del estado de necesidad defensivo.[20]

26 Cuando la suposición errónea de los presupuestos típicos de una causa de justificación no es objetivamente invencible, pero sí ***personalmente*** **invencible**, subsistirá la antijuridicidad, pero faltará la infracción personal de la norma primaria.

27 Cuando falta alguno de los requisitos *no fundamentales* de una causa de justificación, puede proceder una atenuación especial. Se habla entonces de una **«eximente incompleta»**, que conduce a la *atenuación* de la pena en *uno o dos grados* por debajo de la pena señalada por la ley (art. 21, 1º en relación con art. 68 CP)[21], lo que supone una disminución de la pena mayor que la prevista para las atenuantes ordinarias —que sólo determinan la imposición de la pena señalada al delito en su mitad inferior (art. 66, 2ª CP)—. La determinación de las causas de justificación que pueden conducir a una eximente incompleta se efectuará con relación a cada una de aquéllas. También se examinará entonces la cuestión más problemática en esta materia: la determinación de los requisitos *no fundamentales* cuya falta puede dar lugar a la respectiva eximente incompleta. Pero aquí debe establecerse el **criterio general** que ha de servir de guía para decidir qué requisitos de una eximente son fundamentales y cuáles no lo son. La ley no ofrece tal criterio, sino que se limita a considerar como atenuantes (de efectos especiales) los supuestos en que «no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos» (art. 21, 1ª CP). Ahora bien, esta redacción obliga a admitir la exención incompleta siempre que, faltando algún elemento de una eximente, exista la *base conceptual* de la eximente que permita decir que concurre *una parte* de la misma. Deberá negarse la exención incompleta cuando los requisitos que falten sean tan fundamentales que hagan desaparecer por completo, y no sólo de forma parcial, la eximente.

28 *Ejemplo:* La agresión ilegítima es un elemento fundamental de la legítima defensa, porque sin agresión ilegítima no puede hablarse de ninguna clase de legítima defensa, ni completa ni incompleta. Sin dicho elemento no puede apreciarse ni esta eximente completa, ni la atenuación que supone estimarla como eximente incompleta. En cambio, si

20. Así, con sólidos argumentos, Baldó, Estado de necesidad, passim.
21. Cfr. Córdoba Roda, Eximentes incompletas, passim.

concurre agresión ilegítima y necesidad de defenderse pero existe un *exceso* en la intensidad de la defensa empleada, no cabe la eximente completa, pero sí una eximente incompleta, porque existe una *base* de legítima defensa.

7. La ausencia de antijuridicidad tiene importantes **efectos**.[22] Aparte de determinar la exclusión de responsabilidad penal, la justificación del hecho conlleva ciertas consecuencias específicas que, en cambio, no supone la sola imposibilidad de imputación personal al autor: **29**

A) Mientras que no es precisa la posibilidad de imputación personal al agresor para que quepa frente a él **legítima defensa**, ésta no es posible contra un hecho justificado (p. ej. STS 271/2005 de 28 febr.). **30**

B) Aunque cabe la **participación** en el hecho no imputable personalmente a su autor, no es posible cuando el autor actúa justificadamente (principio de «accesoriedad limitada» de la participación). En cambio, sí cabe la *autoría mediata* por parte de quien utiliza a otra persona como instrumento que obra justificadamente. **31**

C) No procede la imposición de las **medidas de seguridad** post-delictuales, a diferencia de lo que sucede cuando concurre el injusto aunque falte la posibilidad de imputación personal del hecho. Ello se debe a que la ley requiere como presupuesto de tales medidas la comisión de un «hecho delictivo» (art. 19 CP) o «infracción penal» (art. 20, 1º y 2º CP), términos que en su uso por el CP equivalen a «hecho típicamente antijurídico».[23] **32**

D) La justificación *puede* excluir la **responsabilidad civil** derivada de delito, cosa que no ocurre cuando sólo falta la imputación personal (art. 118 CP). Quien se ha defendido legítimamente no tiene obligación de indemnizar civilmente al agresor lesionado. No obstante, el injusto no es siempre presupuesto necesario de la responsabilidad civil. **33**

Ésta se basa en un *daño económico* que no se considera justo que deba soportar la víctima, y un daño de estas características puede subsistir pese a la licitud de la conducta. Ni la falta de tipicidad ni la justificación suponen siempre la ausencia de *todo* daño. Piénsese en los casos de error invencible, que según el art. 118, 2 CP, no excluye la responsabilidad civil. Así aunque el hecho esté justificado por estado de necesidad, «serán responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado» (art. 118, 1, regla 3ª CP). En este caso no es precisa ni siquiera la tipicidad positiva, sino sólo el perjuicio evitado. Ello se debe a que la responsabilidad civil no es una sanción impuesta a consecuencia de una conducta antijurídica, sino una forma de restablecer una situación económica anterior. **34**

22. Cfr. p. ej., Jescheck, Tratado, p. 452; Rodríguez Devesa, PG p. 485; Cobo/Vives, PG, pp. 424; Baldó, Estado de necesidad, pp. 176 ss., 325 ss.

23. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, 322 ss.

35 Como se ve, la distinción de antijuridicidad e imputación personal no sólo posee un significado teórico, sino también importantes consecuencias prácticas.

36 8. Es posible que el hecho típico no llegue a estar justificado pero se produzca en una situación tal de conflicto de intereses que resulte hasta tal punto disminuido que el resto de injusto subsistente resulte *insuficiente* para que merezca ser castigado *penalmente*. Piénsese, por ejemplo, en excesos mínimos en la defensa, que impiden apreciar la eximente de legítima defensa, como el de revolverse levemente (así, mediante un empujón) contra el agresor una vez concluida la agresión (faltaría aquí la «actualidad» de la agresión y, por tanto, toda necesidad de defensa: Cfr. *infra*, I 2 B b). En tal caso no sería suficiente la atenuación prevista para las eximentes incompletas, sino que es necesaria una construcción que permita negar el carácter punible del injusto. Günther[24] ha propuesto, por ello, distinguir entre justificación (exclusión del injusto) y **exclusión del injusto *penal***, esto es, del carácter *penal* del injusto. La segunda no haría desaparecer el carácter antijurídico del hecho —lo que podría tener efectos en otros sectores del Derecho, como en orden a la responsabilidad civil—, pero sí su naturaleza penal. Del mismo modo que el tipo penal no se refiere a todo posible injusto, sino sólo a los que alcanzan la gravedad suficiente para ser contemplados por el Derecho penal, no sería preciso tampoco una plena justificación del hecho típico para que dejara de ser punible. No todo injusto ha de ser penal, porque el injusto penal ha de ser un injusto *cualificado*. Ello puede fundarse en el *principio de insignificancia,* ya ampliamente admitido como criterio interpretativo limitador de los tipos penales (vid. infra, Lec. 19) y que a su vez se basa en principios más generales como el de proporcionalidad de la intervención penal (sería desproporcionado emplear algo tan grave como la pena para hechos insignificantes) y el de Estado democrático (deben respetarse las valoraciones sociales).

II. La legítima defensa

Bibliografía

Alcalá-Zamora y Castillo, Legítima defensa y proceso, en Estudios penales, Homenaje al P. Julián Pereda, 1965, pp. 1 ss.; *Amelung*, Das Problem der heimlichen Notwehr..., GA 1982, pp. 381 ss.; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Barragán*, La legítima defensa actual, 1987; *Bastero Archanto*, La legítima defensa del honor, 1943; *Baumann*, Notwehr im Straßenverkehr?, NJW, 14 (1961), pp. 1745 ss.; *el mimso*, Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962, pp. 349 ss.; *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, 1911; *Bein*, Zur Angemessenheit einer Notwehrhandlung, NJ 1973, pp. 146 ss.; *Bellini*, La difesa

24. Cfr. Günther, Strafrechtswidrigkeit, passim; el mismo, SK StGB 1998, antes de § 32/34 ss. Críticamente Díez Ripollés, ADPCP 1991, pp. 747, 749. En principio de acuerdo, aunque con otra terminología, Luzón, Lecciones, pp. 338 s., 348. Sobre todo esto vid. también, Baldó, Estado de necesidad, p. 278, nota 628.

legittima, 2006; *De Benito*, Defensa legítima, Enc. Jur. Esp. Seix, X, 1910; *Bockelmann*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, en Festschrift für Honig, 1970, pp. 19 ss.; *Boldt*, Staatsnotwehr und Staatsnotstand, ZStW (1937), pp. 183 ss.; *Bolea*, El exceso intensivo en la legítima defensa putativa, Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, http://criminet.ugr.es/recpc, 03 (2001) (= ADPCP 1998, pp. 613 ss.); *Born*, Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe, 1984; *Burr*, Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, JR 1996, pp. 230 ss.; *Castiñeira*, Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa, en A.A.V.V., Comentarios a la Jurisprudencia penal del TS, 1992, pp. 139 ss.; *Castro Pérez*, Inutilidad de una formulación subjetiva de la legítima defensa, en Foro Gallego 1947, pp. 268 ss.; *Constadinidis*, Die «Actio illicita in causa», 1982; *Corcoy*, «Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad, ADPCP 1991, pp. 903 ss.; *Courakis*, Zur sozialethischen Begründung der Notwehr, 1978; *Díaz Palos*, La legítima defensa, 1971; *el mismo*, Legítima defensa del honor, RJCat, 1959, pp. 255 ss.; *el mismo*, Legítima defensa, en NEJ XV, 1974, pp. 19 ss.; *Dubs*, Notwehr, SchwZStr 89 (1973), pp. 337 ss.; *Ebel*, Notwehrrecht der Polizei..., Kriminalistik 1995, pp. 825 ss.; *Erb*, Die Schutzfunktion von Art. 103 II GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), pp. 266 ss.; *Felber*, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979; *Engels*, Der partielle Ausschluß der Notwehr..., GA 1989, pp. 109 ss.; *J. Fischer*, Die straflose Notwehrüberschreitung, tesis, München, 1971; *Fletcher*, En defensa propia, trad. de Muñoz Conde y Rodríguez Marín, 1992; *Frister*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenkonvention, GA 1985, pp. 553 ss.; *el mismo*, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, pp. 291 ss.; *Fuchs*, Probleme der Notwehr, en Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Heft 8, 1981, pp. 1 ss.; *Geilen*, Notwehr und Notwehrexzeß, Jura 1981, pp. 210 ss., 256 ss., 308 ss., 370 ss.; *Gössel*, Über die Rechtmässigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutbeeinträchtigender Maßnahmen, JuS, 1979, pp. 162 ss.; *Graul*, Notwehr oder Putativnotwehr - Wo ist der Unterschied?, JuS 1995, pp. 1049 ss.; *Grosso*, Difesa legitima e stato di necessità, 1964; *Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978; *Hassemer*, Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts, en Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 225 ss.; *Himmelreich*, Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971; *Hinz*, Die fahrlässig provozierte Notwehrlage..., JR, 1993, pp. 353 ss.; *Hirsch*, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, en Festschrift für Drehen, 1977, pp. 211 ss.; *Jiménez de Asúa*, La proporcionalidad en la legítima defensa, en La Ley (Argentina) 63 (1951), pp. 879 ss.; *Jiménez Díaz*, El exceso intensivo en la legítima defensa, 2007; *Kinnen*, Notwehr und Nothilfe..., MDR 28 (1974), pp. 631 ss.; *Kirchhof*, Helfer in Not, JuS, 1979, pp. 428 ss.; *Koch*, Prinzipientheorie der Notwehreinschränkungen, ZStW 104 (1992), pp. 785 ss.; *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968; *el mismo*, Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahem als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts, JuS 1975, pp. 435 ss.; *Krause*, Zur Einschränkung des Notwehrbefugnis, GA 1979, pp. 329 ss.; *el mismo*, Notwehr bei Angriffen Schuldloser und bei Bagatellangriffen, en Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pp. 673 ss.; *Krey*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Schachgutern, JZ, 1979, pp. 701 ss.; *Kühl*, Die Notwehr..., en Festschrift für Triffterer, 1996, pp. 149 ss.; *Kuhlen*, Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe, GA 2008; *Kunz*, Die organisierte Nothilfe, ZStW 95 (1983), pp. 973 ss.; *el mismo*, Der automatisierte Gegenwehr, GA 1984, pp. 539 ss.; *Lagogny*, Notwehr gegen Unterlassen, GA 1991, pp. 300 ss.; *Larrauri*, Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal, en JPD, 1994; *Larrauri/Varona*, Violencia doméstica y legítima defensa, 1995; *Lenckner*, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, en GA 1961, pp. 299 ss.; *el mismo*, «Gebotensein» und «Erforderlichkeit» der Notwehr, GA 1968, pp. 1 ss.; *Leverick*, Killing in self defense. OUP, 2006; *Lewisch*, Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) und Strafgesetz, en Festschrift für Platzgummer, 1995, pp. 381 ss.; *Llobet Anglí*, ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?, en InDret 3/2010; *Lüderssen*, Notwehrelemente in der Strafe - Strafelemente in der Notwehr..., en Institut f. Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, pp. 159 ss.; *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978; *el mismo*, El doble fundamento de la legítima defensa, CPC nº 3 (1977), pp. 101 ss.; *el mismo*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Cobo (dtr.), Comentarios, V, 1º, pp. 223 ss.; *el mismo*, Riña y legítima defensa, La Ley 1989-3, pp. 487 ss.; *Magaldi Paternostro*, La legítima defensa en la jurisprudencia española, 1976; *Marxen*, Die sozialethischen Grenzen der Notwehr, 1979; *Misschke*, Criminal Law-Homicide-Self –defense. Duty to Retreat, en Tennessee Law Review, 1981; *Mitsch*, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, pp. 533 ss.; *Molina Fernández*, La legítima defensa en derecho penal, RUAM, 2012; *Montenbruck*, Thesen zur Notwehr, 1983; *Morros Sardá*, Hacia una legítima defensa subjetiva, Foro Gallego, 1947, pp. 111 ss.; *Muñoz Conde*, ¿Legítima defensa putativa?, en Estudios penales y criminológicos, XV, 1992, pp. 265 ss.; *el mismo*, Putative self-defense: a

Borderline Case between Justification and Excuse, New Criminal Law Review. Vol 11, 2008; *el mismo*, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, en RP (24) 2009; *Oetker*, Notwehr und Notstand, en Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, AT, II, 1908, pp. 255 ss.; *el mismo*, Notwehr und Notstand, en Festgabe für Frank, I, 1930, pp. 359 ss.; *Otto*, Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht, en Festschrift für Würtenberger, 1977, pp. 129 ss.; *Perdomo Torres*, ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?, en InDret 1/2008; *Pereda Ortiz*, Alrededor de la legítima defensa: ¿es lícito pretender la muerte del agresor?, RDEA 1964, pp. 73 ss.; *el mismo*, La fuga en caso de ataque, RDEA 1966, pp. 139 ss.; *el mismo*, Problemas alrededor de la legítima defensa, ADPCP 20 (1967), pp. 435 ss.; *el mismo*, La legítima defensa del honor, en Estudios de Deusto-Bilbao, 1968, pp. 9 ss.; *Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, pp. 728 ss.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994; *Rivacoba y Rivacoba*, El fundamento de la defensa en la legítima defensa, en Estudios penales, Homenaje al P. Julián Pereda, 1965, pp. 249 ss.; *Robinson*, A Right to Bear Firearms but Not to Use Them? Defensive Force Rules and the Increasing Effectiveness of Non-Lethal Weapons, en B.U.L.Review 2009; *Rodríguez Mourullo*, La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del TS, 1976; *Roxin*, Las «restricciones éticosociales» al derecho de legítima defensa, trad. Gómez Benítez, CPC nº 17 (1982), pp. 297 ss.; *el mismo*, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963), pp. 541 ss.; *el mismo*, Vom welchem Zeitpunkt an ist der Angriff gegenwärtig..., Gedächtnisschrift für Tjong, 1985, pp. 137 ss.; *el mismo*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 457 ss.; *Sánchez García*, La legítima defensa después de la Convención europea de derechos humanos, PJ, nº 35, sep. 1994; *Schmidhäuser*, Über die Wertstruktur der Notwehr, en Festschrift für Honig, 1970, pp. 185 ss.; *el mismo*, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, pp. 97 ss.; *Schöneborn*, Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation, NStZ, 1981, pp. 201 ss.; *F. Ch. Schroeder*, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, Festschrift für Maurach, 1972, pp. 127 ss.; *Schumann*, Zum Notwehrrecht und seinen Schranken, JuS 1979, pp. 559 ss.; *Seemann*, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89, pp. 36 ss.; *Soto Nieto*, La legítima defensa completa e incompleta, en Diario La Ley 2005; *Suk*, The True Woman: Scenes from the Law of Self-defense, en Harvard Journal of Law & Gender, 2008; *Suppert*, Studien zur Notwehr und notwehrähnichen Lage, 1973; *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984; *Zilio*, Legítima defensa. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal, 2013.

37 La primera de las causas de justificación previstas por el CP es la legítima defensa (art. 20, 4º). Con anterioridad a la Reforma de 1983, el art. 8, 4º CP se refería a la legítima defensa de la *propia* persona o derechos, mientras que los números 5º y 6º del mismo artículo regulaban la legítima defensa de *parientes* y de *extraños*, respectivamente. La Reforma de 1983 acabó con esta tripartición tradicional, suprimiendo las peculiaridades de la legítima defensa de parientes y de extraños, que resultan equiparadas a la legítima defensa propia. El art. 20, 4º del actual CP mantiene casi literalmente la misma regulación del anterior art. 8, 4º.

1. *Fundamento*

38 A) Dos han sido **históricamente** las fundamentaciones de la legítima defensa. En **Roma** se concibió como derecho *individual* originario. En el Derecho romano tardío esta concepción se refleja en la limitación de la legítima defensa a la de la vida y la integridad física *(vim vi repellere licet)*. En el **Derecho germánico**, en cambio, la legítima defensa se fundamentó desde la perspectiva *colectiva* de defensa del orden jurídico. Al defenderse, el individuo representaba a la

comunidad. De ahí que cualquiera —no sólo la víctima— pudiera dar muerte al ladrón sorprendido *in fraganti*.[25]

39 B) Ambos aspectos —individual y colectivo—, se hallan hoy en la base de la legítima defensa.[26] Así, en el CP el **principio individual** se manifiesta en el hecho de que sólo se permite la defensa de *bienes individuales*, mientras que no la de bienes colectivos (p. ej., no es lícito defender la seguridad interior del Estado o la Administración de Justicia: sólo cabe la defensa de la propia persona o derechos, o los de un pariente o «extraño»). Se ha dicho también que el punto de vista individual juega un papel en el principio básico de la legítima defensa según el cual es lícita *toda defensa* que resulte *necesaria*, aunque el bien que con ella se lesione sea objetivamente más valioso que el que se defiende.[27] Mas este principio encuentra mejor fundamento en el aspecto colectivo de la legítima defensa. Desde el prisma exclusivamente individual podría considerarse tan importante el punto de vista del agresor como el del defensor, lo que conduciría a resolver el conflicto en favor del bien más valioso (ponderación de bienes, proporcionalidad estricta). Pero ello sería desconocer el significado colectivo de la legítima defensa. *Agresor y defensor no se hallan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico. Mientras que el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma*. Siendo así, el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte *necesario* para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho. He aquí el fundamento del aforismo de cuño hegeliano que explica la esencia de la legítima defensa: *«el Derecho no tiene por qué ceder al injusto»*. El TS expresa esta idea refiriéndose al «principio del interés preponderante» del que es agredido injustamente (cfr. p. ej., SSTS 332/2000 de 24 febr., 470/2005 de 14 abr., 962/2005 de 22 jul. y 1253/2005 de 26 oct.).

40 ¿En qué relación se encuentran el aspecto individual y el colectivo de la legítima defensa? Importa evitar la impresión de que se trata de una mera mezcla desarticulada de dos principios antagónicos. El elemento colectivo, de defensa y afirmación del orden jurídico, constituye el fundamento *específico* de la legítima defensa, que distingue esta figura del estado de necesidad. El elemento individual es el que otorga *legitimación* al particular para desempeñar en nombre del

25. Cfr. Jescheck, pp. 459 s.

26. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 58 ss. y, fundamentándolo personalmente, pp. 79 ss.; Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, p. 60. Siguiéndoles incluso en su terminología, acoge el doble fundamento, individual («necesidad de defensa de los bienes jurídicos atacados») y supraindividual («prevalencia del Derecho»), la STS 19 dic. 79. También STS 13 abr. 87. También así Roxin, CPC 1982, pp. 299 ss.; Kühl, Strafrecht, AT, 3ª ed., 7/11, 7/13, incluyendo también el principio de responsabilidad del agresor por su conducta agresiva y por la situación de peligro: 7/19.

27. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 460. Más matizadamente, Roxin, CPC 1982, pp. 299 s., añade el fundamento colectivo de la defensa del Derecho.

Estado la función de afirmación del Derecho. Podría decirse, según esto, que la legítima defensa encuentra su razón de ser en la *defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales*.

41 C) La **evolución doctrinal actual** apunta hacia una cierta **restricción de la legítima defensa**.[28] Ello es producto de la acentuación, en un sentido realista, de la dimensión *social* de la legítima defensa, y resulta en todo caso coherente con el paso del Estado liberal al Estado social.[29] Así, se tiende a restringir la posibilidad de legítima defensa en los casos en que ésta conduciría a la lesión de bienes del agresor de mucha mayor importancia que los bienes a defender (casos de *extrema desproporción*), y cuando el ataque procede de *sujetos a quienes no puede imputarse personalmente el hecho* (niños, enajenados, etc.). En todos estos supuestos se viene a pedir que el atacado se limite a *esquivar o rehuir* la agresión.[30] Se aprecia aquí una progresiva toma en consideración de la persona del agresor y la introducción paralela de la idea de que la contemplación de ambas partes pueda conducir al Derecho a aceptar su vulneración antes que la lesión del agresor en ciertas condiciones extremas. Late tras todo ello el tránsito del *idealismo* liberal decimonónico al *realismo* propio del Estado social de nuestros días. Desde el prisma idealista el agresor supone sólo la negación del orden jurídico, mientras que desde la perspectiva de la realidad social sigue siendo una persona cuya lesión constituye un mal real, que puede estar justificado pero que a ser posible sería preferible evitar.

2. *Requisitos*

42 La estructura fundamental de la legítima defensa, tal como se contempla en el art. 20, 4º CP, requiere obrar en defensa de una persona o derechos concurriendo agresión ilegítima (requisito primero) y necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla (requisito segundo). El análisis de esta estructura puede girar en torno a los dos elementos siguientes: a) Una agresión ilegítima; b) Una defensa necesaria. Además, el art. 20, 4º requiere que la agresión no haya sido provocada por el defensor (requisito tercero).

---

28. Cfr. Roxin, CPC 1982, pp. 297 ss. También los trabajos de Baldó, Courakis, Hassemer, Kratzsch, Krause, Krey, Marxen, Seelman y Schumann cit., en la bibliogr.

29. Cfr. F. Chr. Schroeder, Maurach-Fest., pp. 127 ss.

30. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 470 ss.; Roxin, Política criminal, pp. 575 s., y CPC 1982, pp. 298, 307 ss. Según Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, pp. 63 ss., seguido por la STS 19 dic. 79, el principio de proporcionalidad sería un límite de la legítima defensa, impidiéndola en casos extremos. Favorable de lege ferenda a negar la legítima defensa frente a inculpables Luzón Peña (vid. infra nota 44). Sin embargo,la jurisprudencia española restringe demasiado el derecho de defensa, más allá de lo que permite la ley: cfr. Corcoy, ADPCP 1991, pp. 905 ss

A) *Agresión ilegítima*

a) *La agresión*

43 aa) La agresión se ha entendido **tradicionalmente** por la jurisprudencia del TS como **acometimiento físico** contra la persona.[31] La **evolución actual** de la jurisprudencia tiende a admitir también ataques a bienes inmateriales, como la honestidad (ya en STS 15 oct. 45) y el honor (SSTS 18 en. 60, 11 oct. 67, 14 dic. 70, 12 feb. 79), antes excluidos.[32] Mas una cosa es el concepto, material o inmaterial, de agresión, y otra la cuestión de qué bienes jurídicos son defendibles: que se haya extendido el elenco de éstos no significa siempre que se amplíe el concepto mismo de agresión, y así el TS sigue exigiendo en la misma un *acto de fuerza* (STS 21 abr. 80).[33] No obstante, algunas SSTS prescinden de tal exigencia material (así SSTS 1708/2003 de 18 dic., 470/2005 de 14 abr., 1147/2005 de 13 oct., 1253/2005 de 26 oct., 1131/2006, de 20 nov. y 1172/2006 de 28 nov.).[34]

44 Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la concepción materialista de la agresión resulta inadmisible.[35] Según el Diccionario de la Real Academia, el término «agresión» puede entenderse no sólo como «acometimiento físico» —primera acepción—, sino también como «acto contrario a Derecho» —segunda acepción—. Por otra parte, el CP admite tanto la defensa de la persona como la de sus derechos, como dos alternativas en pie de igualdad que han de poder darse independientemente la una de la otra. Esto último no es posible si se requiere siempre el acometimiento físico, pues aunque tenga lugar para atacar otros derechos, su exigencia siempre supondrá la necesidad —*contra legem*— de que en todo caso resulte atacada la persona, o lo que es lo mismo: la imposibilidad de defender *sólo* los derechos.[36]

45 bb) La respuesta a esta cuestión, del carácter necesariamente material o no de la agresión, condiciona el sentido de la regulación especial de la **agresión a la propiedad y a la morada** contenida en el inciso segundo del requisito primero del art. 20, 4º CP:

46 «En caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya *delito*[37] y los ponga en *grave peligro* de deterioro

31. Cfr. Magaldi, Legítima defensa, pp. 29 ss.; Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 132 ss. Todavía así SSTS 22 en. 87, 2 nov. 88

32. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 239 s.

33. Cfr. Magaldi, Legítima defensa, pp. 33 s., 39 ss., en donde recoge SSTS que exigen el acometimiento material incluso para la legítima defensa del honor. También STS 12 julio 94.

34. Cfr. Luzón, Lecciones, p. 398.

35. Por todos cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 133 ss.; Magaldi, op. cit., pp. 40 y 43.

36. Así Rodríguez Devesa, PG p. 539. De acuerdo Gimbernat, Introducción, p. 54.

37. Véase infra b).

o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias se reputará agresión ilegítima la *entrada indebida* en aquélla o éstas».[38]

47 Este inciso procede de 1944. Su introducción habría tenido un sentido *restrictivo* de la legítima defensa si la agresión abarca también los ataques inmateriales, como parece correcto interpretar. Tendría, en cambio, una finalidad *extensiva* de la legítima defensa desde el prisma de la interpretación materialista de la jurisprudencia.[39] Posiblemente tuvo esta finalidad extensiva, a juzgar, por una parte, por la mayor protección de la propiedad, mediante penas más graves, que dispensó el CP 1944 por razones políticas evidentes; y, por otra parte, porque no se explicaría bien que se quisiera limitar la legítima defensa de la morada, tan afirmada en las leyes fundamentales del régimen franquista, cuando el verdadero problema eran las injurias o la honestidad. Pero la finalidad del legislador no es siempre la que resulta expresada en la ley, y la reforma no fue suficientemente explícita para modificar el alcance que, como se ha visto, impone a la agresión la doble alternativa de «defensa de su persona o derechos».

48 cc) Para que exista una «agresión» no es necesario que se llegue a la consumación de una lesión. Basta el *intento idóneo* de tal lesión (Cfr. STS 29 en. 98). Sobre la cuestión del momento a partir del cual dicho intento puede ser objeto de legítima defensa, y sobre cuándo la consumación efectiva de la lesión impide ya dicha defensa, ver lo que se dice más adelante sobre la *actualidad* de la agresión. Aquí importa precisar que no constituye agresión la **tentativa inidónea** (p. ej., disparar con una pistola descargada), ni el supuesto materialmente análogo de la defensa objetivamente necesaria efectuada sin conocimiento de su necesidad (**falta de elemento subjetivo de justificación**).[40]

49 dd) Por lo que se refiere al **aspecto subjetivo** de la agresión, ¿requiere ésta **propósito lesivo**? Para que concurra una «agresión» que pueda ser calificada de «ilegítima», es preciso al menos que se halle constituida por un comportamiento humano. Será necesario, pues, que concurra una voluntariedad no excluida por fuerza irresistible, inconsciencia o actos reflejos.[41] Más discutible es si dicha voluntariedad debe dirigirse a agredir al defensor (agresión dolosa) o si basta que se dirija a cualquier otra meta. La jurisprudencia y un sector de la doctrina exigen que la agresión sea dolosa, lo que excluiría la posibilidad de agresiones imprudentes. Se acude para justificarlo al argumento de que la palabra

---

38. El texto introducido en 1944 añadía «durante la noche o cuando radiquen en lugar solitario»; pero este inciso final se suprimió por la reforma de junio de 1983.

39. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, p. 449; Magaldi, op. cit., pp. 167, 187.

40. Cfr. Roxin, AT, § 14/102 y § 15/9; Baldó, Estado de necesidad, pp. 265 ss.

41. Por todos Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 142 ss., aunque reconoce que es insatisfactoria la solución que ello supone en los casos de ataque de una persona sin acción: que sólo cabe justificar la defensa frente a ella por estado de necesidad, con el límite estricto consiguiente de que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar (art. 20, 5.º primero CP). Por ello propone este autor la introducción en nuestro Derecho del «estado de necesidad defensivo» del § 228 BGB alemán, que permite llevar la defensa más lejos que nuestro estado de necesidad: cfr. Mir Puig, Adiciones, p. 477. Pero también cabe, en su caso, miedo insuperable (art. 20, 6.º CP).

«agresión» implica de suyo la necesidad de ánimo agresivo, y se alega la incompatibilidad práctica entre la estructura de la legítima defensa y de la agresión por imprudencia.[42] Pero ninguna de ambas razones es convincente para sustraer la posibilidad de legítima defensa a quien se ve objeto de una agresión imprudente: ni el término «agresión» excluye literalmente la posibilidad de imprudencia, ni cabe descartar la posibilidad práctica de una agresión imprudente que permita una legítima defensa según los requisitos legales.[43] Piénsese que si el mal causado en la defensa es mayor que el que se quería evitar no cabría aplicar la eximente de estado de necesidad (art. 20, 5º).

b) *La ilegitimidad de la agresión*

50 **«Agresión ilegítima» equivale a agresión *antijurídica*.** Ello significa que no basta que sea *típica*, pero también que no es preciso que sea *personalmente imputable* a su autor: cabe también legítima defensa frente a la agresión antijurídica de un inimputable o de quien actúa bajo una causa de exculpación.[44] Siendo el dolo o la imprudencia elementos que condicionan el injusto en nuestro esquema finalista, la agresión ilegítima deberá ser dolosa o imprudente. No cabrá legítima defensa frente a una agresión en caso fortuito, pues tal agresión no será antijurídica.[45]

51 La doctrina española discute la cuestión de si la antijuridicidad de la agresión debe ser de carácter *penal* (esto es, si la agresión tiene que constituir una **infracción penal o no**). Para la agresión a los bienes el CP requiere que constituya «delito», esto es, una «infracción penal».[46] Cabe deducir de ello, *a sensu contrario*, que las agresiones que no afecten a los bienes no han de ser

42. Así Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 117 ss., con referencias. También Baldó, Estado de necesidad, pp. 281 ss., aunque por razones axiológicas. En contra, sin embargo, un sector importante: cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 241 s.; Magaldi, op. cit., pp. 130 s.; Quintano Ripollés, Tratado, I (1972), p. 639; Rodríguez Devesa, PG, p. 542 nota 51.

43. Cfr. Mir Puig, Adiciones, p. 478.

44. Así Magaldi, op. cit., pp. 70 ss.; Roxin, AT, § 15/14; Baldó, Estado de necesidad, pp. 304 ss; Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 195 ss. (aunque propone de lege ferenda que la ley exija que la agresión no sólo sea antijurídica, sino también culpable: el mismo, en Cobo [dtr.], Comentarios, p. 236).

45. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 251 ss.; Magaldi, op. cit., p. 31; Roxin, AT, § 15/14; Baldó, Estado de necesidad, pp. 280 ss.

46. Bajo la vigencia del CP anterior esta interpretación era más discutible, por cuanto el anterior art. 8, 4º exigía que la agresión a los bienes constituyera «delito» (sin añadir «o falta»). Sin embargo, un sector de la doc. entendía ya aquel término en el sentido amplio de infracción penal y derivaba la misma conclusión *a sensu contrario* (en este sentido la edición anterior de este libro, p. 464; Magaldi, op. cit., pp. 83 ss., alegando razones de Política criminal y citando a favor la doc. dom.; cfr. también STS dic. 79. En contra Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 454 ss., 524 ss., con argumentos materiales importantes, pp. 518 ss. Cfr. también en este sentido Gimbernat, Indroducción, pp. 55, nota 84, y la jurispr. dom. (sobre ésta ver Luzón, op. cit., pp. 462 s. y Magaldi, op. cit., p. 187).

necesariamente infracciones penales (por ejemplo: bastará una agresión a derechos protegidos sólo civilmente, como la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento).[47]

c) *Actualidad de la agresión*

52 Aunque la letra de la ley se limita a exigir que la agresión sea «ilegítima», del segundo elemento fundamental de la legítima defensa, la necesidad de defenderse, se deriva la **necesidad de que la agresión sea también *actual***.[48] Es éste, pues, un requisito «puente» entre la agresión y la defensa. En efecto, si el CP exige que se actúe «en defensa de la persona o derechos», será necesario que *ya haya o todavía haya*, posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado. Ello exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro *no* haya desaparecido al convertirse en lesión *consumada y agotada*. Esto es lo que significa que la agresión debe ser actual.

53 Importa subrayar que faltará esta nota cuando la víctima ha sido ya objeto de la lesión perseguida y es tarde ya para evitarla. El requisito de actualidad de la agresión distingue la defensa de la venganza. Sólo la primera se permite al particular; el castigo se halla reservado al Estado.

54 *Ejemplo:* El agresor ha logrado su propósito de herir a su víctima y se dispone a abandonar el lugar de los hechos. Si la víctima dispara sobre él por la espalda cuando ya se marchaba, no actúa en legítima defensa *(exceso extensivo)*. En este sentido la STS 25 abr. 79 denegó la legítima defensa, tanto completa como incompleta en un caso en que la agresión con una barra de hierro «ya había cesado cuando tal procesado recurrente, ayudado por un hijo suyo de quince años, logró dominar y desarmar al agresor, de 66 años, al que después de todo esto golpeó». En cambio, cabe aún legítima defensa frente al ladrón que huye con el botín, pues aún existe posibilidad de defender los bienes arrebatados.

47. Así ya antes de 1995 p. ej., Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 242; Díaz Palos, Legítima Defensa, pp. 52, 58; Magaldi, op. cit., p. 44.

48. Cfr. Magaldi, op. cit., pp. 54 ss. (doc. y jurispr. unánime). La STS 30 mar. 87 habla de agresión actual o inminente, y la STS 5 abr. 89 declara que no es preciso esperar a que la agresión se inicie, sino que basta con que el ataque se augure o presagie como muy próximo o inmediato. Sobre ello y también sobre la llamada **legítima defensa preventiva**, vid., Baldó, Estado de necesidad, pp. 284. Ver también SSTS 1252/2001 de 26 jun., 1861/2001 de 17 oct., 2442/2001 de 18 dic., 399/2003 de 13 mar., 411/2003 de 17 mar., 918/2003 de 20 jun., 1466/2003 de 7 nov., 445/2004 de 2 abr., 1147/2005 de 13 oct., 1131/2006 de 20 nov., 1172/2006 de 28 nov. y 973/2007 de 19 nov.

d) *El problema de la riña*

La riña mutuamente aceptada no da lugar a legítima defensa.[49] El TS ha fundamentado este principio, constantemente proclamado por el mismo, en la inexistencia de agresión o en la falta de voluntad defensiva en los participantes de la riña, cuyo ánimo sería precisamente el contrario, el de ataque.[50] **55**

Podría objetarse a esto que en la riña se dan agresiones y a ellas se responde, al menos en parte, con voluntad defensiva. Sin embargo, es cierto que la riña *libremente* aceptada no se inicia como respuesta a una agresión *previa* de una de las partes, sino por el acuerdo de dos partes ninguna de las cuales ha obligado a defenderse a la otra mediante una agresión. El caso paradigmático de una riña libremente aceptada es el del **duelo**. Aquí se advierte claramente que los dos participantes *empiezan a atacarse al mismo tiempo*. La primera acción de cada parte no es defensa ante una agresión previa. Los dos contendientes empiezan por agredirse a la vez. No respondiendo ninguno de ambos a una agresión previa, sus actos iniciales no pueden cubrirse por la *necesidad de defenderse*, pues no tenían necesidad de participar en la riña (cfr. STS 30 abr. 81). Esta ausencia de agresión previa y de necesidad de defensa mediante los actos (agresivos) iniciales de la riña hace a éstos tan injustos como la agresión ilegítima individual y, consiguientemente, excluye la posibilidad de considerar justificados los actos posteriores de defensa, del mismo modo que el agresor ilegítimo individual no puede alegar legítima defensa frente a la reacción del agredido.[51] **56**

La inmensa mayoría de riñas que se aceptan de forma verdaderamente libre suponen desde un principio la voluntad de agresión por ambas partes, lo que da lugar a la situación acabada de describir. Luzón sugiere que también es posible que alguien acepte libremente una riña pensando en mantenerse únicamente a la defensiva, en cuyo caso no podría decirse que su actuación no constituye verdadera defensa motivada por una agresión. No faltaría un elemento fundamental de la legítima defensa, sino sólo el elemento no fundamental de falta de provocación del defensor, por lo que subsistiría la posibilidad de apreciar la eximente incompleta.[52] **57**

En cualquier caso, la jurisprudencia reciente admite la posibilidad de que *en ciertos supuestos* la existencia de riña no sea óbice a la legítima defensa, por lo que es preciso un análisis cuidadoso de cada caso «a fin de evitar que bajo su **58**

---

49. Aquí se sobrentiende que la aceptación de la riña es libre, no forzada, por ambas partes. Distinto es el caso de la riña que una de las partes se ve obligada a «aceptar» y entabla con ánimo defensivo.

50. A veces el TS añade la imposibilidad fáctica de establecer de quién partió la agresión: cfr. Magaldi, op. cit., pp. 121 ss. Cfr. además SSTS 1902/2000 de 13 dic., 2123/2001 de 15 nov., 399/2003 de 13 mar., 397/2005 de 18 mar. y 1147/2005, de 13 de oct.

51. No es éste el caso cuando la única forma de evitar la riña sería huir o ceder ante determinadas conminaciones, pues también ha de poder defenderse el derecho a permanecer donde uno está y a la libertad de actuación, bienes que en el supuesto planteado sería necesario defender (como correctamente indica Luzón Peña, La Ley 1989, p. 495, y en Comentarios cit., p. 257.) Pero entonces ya no habría riña libremente aceptada.

52. Cfr. Luzón Peña (en Cobo [dtr.], Comentarios, V, 1º, p. 238; *el mismo*, La Ley, 1989, pp. 494 ss.; *el mismo*, Curso, pp. 503 s.

manto se oculte la prueba insuficiente con olvido del principio *in dubio pro reo*, que la aceptación implique la imposibilidad de despegarse del verdadero agresor, o que la aceptación sea rebasada por uno de los contendientes a causa de un acometimiento desproporcionado y notorio...» (SSTS 1147/2005 de 13 oct., 1253/2005 de 26 oct., 1131/2006 de 20 nov. y 1172/2006 de 28 nov.).

59 La falta de cualquiera de las notas del concepto de agresión ilegítima y actual determina la imposibilidad de apreciar no sólo la eximente completa, sino también la **eximente incompleta** (art. 21, 1º CP), pues tales requisitos son *fundamentales* y sin ellos no puede hablarse ni siquiera de legítima defensa incompleta.[53]

B) *Defensa necesaria*

a) *Bienes defendibles*

60 El TS empezó limitando la legítima defensa a la *vida e integridad física de las personas*, pero en ocasiones ha admitido además la defensa de otros bienes inmateriales como la *libertad sexual* y, sobre todo desde la S. 1 mayo 1958, el *honor*. Así la S. 12 febr. 79 admite legítima defensa en quien golpea a otro que le ha insultado considerando ésta la doctrina ya admitida del TS.[54] La reforma de 1944 introdujo, por otra parte, la referencia expresa a la *propiedad* y la *morada*. La STS 19 dic. 79 declaró la posibilidad de legítima defensa frente a «todos los bienes jurídicos puestos en trance de perecer o ser acometidos, dada la fórmula abierta y ejemplar contenida en el núm. 4º del art. 8 CP» (CP anterior).

61 En realidad la letra de la ley no consiente más límite que el del que se trate de la *persona o derechos* de alguien. **No cabe la defensa de bienes supraindividuales**, como por ejemplo el orden público.[55] Más plausible parece la posibilidad de **defensa del Estado o de sus derechos**, puesto que también él posee personalidad jurídica. La dificultad radica, sin embargo, en el hecho de que también los bienes colectivos pudieran verse como propios del Estado. Las guerras civiles se presentan a menudo como defensa del Estado. Para evitar una tal aplicación de la legítima defensa, no pensada evidentemente para estos casos, se propone en la doctrina admitir la legítima defensa del Estado sólo con relación a

53. . Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 128 ss. Vid., entre la jurisprudencia constante en la materia, las SSTS 1172/2006, 28 de nov., FJ 4; 1131/2006, 20 de nov., FJ 3; 105/2006, 9 de feb., FJ. 5, 445/2004, 2 de abril, FJ 2 y 411/2003, 17 de mar., FJ. 3.

54. Cfr. Magaldi, op. cit., pp. 166 ss., 172 ss., 181 ss.; Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 240, 244; Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 384 ss.

55. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 531 ss.; Magaldi, op. cit., p. 267.

aquellos derechos que posee con el mismo carácter que ostentan los derechos de otras personas jurídicas (por ejemplo: el patrimonio económico del Estado).[56]

b) *Necesidad de la defensa*

62 El CP exige que exista «necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla» (la agresión). Es precisa tanto la necesidad de defenderse de alguna forma (**necesidad abstracta de la defensa**), como la necesidad del medio defensivo concretamente empleado (**necesidad de la concreta defensa**). La distinción tiene consecuencias importantes: si falta toda necesidad de defenderse (necesidad abstracta), no cabe apreciar ni la legítima defensa completa ni la eximente incompleta (art. 21, 1º), puesto que falta un elemento fundamental de la eximente; si, en cambio, habiendo necesidad de defenderse, la defensa concretamente empleada es excesiva (exceso intensivo), podrá apreciarse la eximente incompleta (SSTS 332/2000 de 24 febr., 1861/2001 de 17 oct., 86/2002 de 28 en., 1581/2002 de 27 nov., 1630/2002 de 2 oct., 1372/2003 de 30 oct.)[57]

63 Importa distinguir claramente el **«exceso extensivo»** del **«exceso intensivo»**, puesto que el primero excluye tanto la legítima defensa completa como la incompleta, mientras que el segundo permite la eximente incompleta (SSTS 1708/2003 de 18 dic., 445/2004 de 2 abr., 1515/2004 de 23 dic., 962/2005 de 22 jul., 932/2007 de 21 nov. y 973/2007 de 19 nov.). El exceso *extensivo* se da cuando la defensa *se prolonga* durante más tiempo del que dura la actualidad de la agresión (cfr. *supra*, A c). El exceso *intensivo* supone, en cambio, que la agresión es actual pero que la defensa podría y debería adoptar una *intensidad* lesiva menor (SSTS 1630/2002, 2 de oct., 1581/2002, 27 de nov. y 1515/2004, 23 de dic.). El exceso extensivo es, pues, un exceso en la duración de la defensa, mientras que el exceso intensivo es un exceso en su virtualidad lesiva.

64 El TS ha elegido a menudo la falta de toda necesidad de defenderse para excluir la legítima defensa de «derechos», por existir posibilidad de recurso a los Tribunales.[58]

65 Es discutible si la necesidad (abstracta) de defensa falta también cuando pudiéndose **«impedir»** la agresión, se espera a tener que **«repelerla».** En todo

56. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 463 ss.; Magaldi, op. cit., p. 267.

57. Así Magaldi, op. cit., pp. 164, 214 s.; Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, p. 57. Sin embargo, el exceso puede cubrirse por la eximente completa de miedo insuperable, si se dan los elementos de esta otra eximente (como estimaron las SSTS 332/2000 de 24 febr. y 1708/2003 de 18 dic.).

58. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, p. 398, que se refiere también a un sector doctrinal español (pp. 405 ss.) que exige la irreparabilidad de la lesión: con razón estima Luzón que no debe confundirse la «evitabilidad» que excluye la legítima defensa y la «reparabilidad», que no la excluye: p. 407.

caso, la necesidad ha de ser **«racional».** Se entiende que tal adjetivo hace suficiente una necesidad *aproximada*, no estricta, para cualquier persona de las características del autor, colocada en su situación en el momento de defenderse (consideración *ex ante*).[59]

66 *Ejemplo:* La defensa será racionalmente necesaria cuando la mujer clavó el cuchillo de cocina al ladrón que había forzado la puerta y se abalanzaba sobre ella con una navaja, aunque luego se compruebe que había en el lugar un jarro con el que hubiera podido golpearse al intruso sin producirle la muerte. La urgencia del momento no permite esperar un examen frío de todas las posibilidades.

67 Faltará la necesidad de la (concreta) defensa, cuando el sujeto pueda claramente utilizar un *medio menos lesivo*. Es incorrecto, sin embargo, decidir la cuestión mediante la sola comparación material de los instrumentos de ataque y de defensa, como ha solido hacer el TS.[60] Por «medio empleado» debe entenderse no sólo el instrumento o arma, sino la modalidad de la defensa. Así, el medio puede resultar innecesario por exceso de la *intensidad* de la defensa.

68 *Ejemplo:* Aunque el agresor llevase también una navaja, la defensa no resultará necesaria si el agredido podía atajar fácilmente el ataque de otra forma menos lesiva en lugar de herirle mortalmente con el arma blanca que a su vez portaba. Viceversa, es posible que el agredido se encuentre en una situación de inferioridad que haga necesario que utilice un instrumento de defensa más peligroso que el agresor. Así, correctamente, la STS 26 marzo 80 admite legítima defensa cuando el agredido usa un cuchillo frente al agresor físicamente superior que sólo utiliza su fuerza.

69 Debe admitirse la existencia de necesidad abstracta siempre que la agresión obligue a *hacer algo* para impedirla, aunque pueda evitarse por medios no lesivos, como la huida, o requiriendo la ayuda estatal o de otra persona. Respecto a la huida, la opinión dominante no la considera exigible (la jurisprudencia tradicional la consideraba deshonrosa). Es cierto que ya el huir significa aceptar una lesión de un bien jurídico como la libertad de estar donde uno quiera o de hacer lo que desea, por lo que no supone un modo de evitar por completo la agresión.[61] Pero, si se acoge la tendencia actual a negar la legítima defensa en casos de extrema desproporción, no podrá admitirse que sea una defensa legítima el lesionar gravemente a

---

59. Cfr. Magaldi, op. cit., p. 225, que recoge en este sentido, como ejemplar, la STS 26 en. 57. Así también Antón Oneca, PG p. 247. Destaca Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, pp. 68 ss., el carácter objetivo de la racionalidad y cita así SSTS 14 febr. 66 y 7 oct. 71; vid. también Baldó, Estado de necesidad, pp. 306 ss. Insisten en el punto de vista ex ante las SSTS 332/2000 de 24 febr., 1861/2001 de 17 oct., 399/2003 de 13 mar., 614/2004 de 15 mayo, 470/2005 de 14 abr., 962/2005 de 22 jul., 823/2006 de 21 jul. y 973/2007 de 19 nov.

60. Cfr. Magaldi, op. cit., pp. 219 ss. Siguen aludiendo a una exigencia de proporcionalidad en cuanto a los medios, aunque matizándola por la situación de agobio, SSTS 6 nov. 86, 11 abr. 88 y 5 abr. 89. Ver también STS 9 mar. 96. Matiza más correctamente la STS 24 feb. 2000. Ver también SSTS 16 nov. 2000 y 28 en. 2002.

61. Cfr. Luzón, Lecciones, pp. 410 s.

otro cuando podía impedirse la agresión inicial asumiendo el coste poco grave que supone la huida. Y digo coste poco grave porque en nuestra Sociedad el huir para evitar tener que lesionar gravemente al agresor no puede considerarse deshonroso como probablemente lo fuera en otro tiempo. La huida puede, pues, ser exigible para evitar una defensa que resultaría extremadamente desproporcionada. Ahora bien, no huir en tal caso no excluirá la posibilidad de eximente incompleta, pues sólo faltará la necesidad *concreta* de la defensa. Lo mismo ocurrirá cuando pueda requerirse la intervención de la autoridad y ésta pudiese ofrecer una defensa más segura y menos lesiva. Esto último no siempre sucederá, por lo que no puede aceptarse sin más el pretendido **carácter subsidiario** de la legítima defensa.[62]

c) *Elemento subjetivo de la defensa*

70 Como toda causa de justificación, la legítima defensa requiere el elemento subjetivo de justificación consistente en el conocer y querer los presupuestos objetivos de la situación. El sujeto debe saber que se defiende de una agresión ilegítima. Cabe interpretar en este sentido la expresión legal «el que obre *en* defensa de...» (SSTS 86/2002 de 28 en., 399/2003 de 13 mar., 1708/2003 de 18 dic., 470/2005 de 14 abr., 962/2005 de 22 jul. y 1253/2005 de 26 oct.).[63]

71 Según la solución propuesta más arriba, el desconocimiento de la situación de defensa haría aplicable la eximente incompleta, mientras que según la doctrina dominante en Alemania procedería la pena de la tentativa.[64]

72 *Ejemplo:* Después de la discusión violenta, y tras haber dado la espalda a su adversario B, A se gira y dispara repentinamente sobre aquél sin saber que con ello evitaba que B lo hubiera hecho antes, pues por su posición no había advertido que B se disponía a dispararle.

73 No es preciso, además, que guíe al sujeto el ánimo de defensa. Puede obrar por motivos distintos como el de venganza u odio. Lo confirma el hecho de que antes de 1983 el art. 8, 6º CP sólo excluía tales situaciones para la defensa de extraños.[65]

C) *La falta de provocación suficiente*

74 Requisito específico de la legítima defensa de la propia persona o derechos es la falta de provocación suficiente por parte del defensor (art. 20, 4º requisito tercero).

62. Cfr. Luzón, Lecciones, pp. 405 s.

63. Así, Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 247 s. y Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, p. 49, que destacan que no es preciso que el único móvil sea la defensa.

64. Así, Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, p. 55, propone tentativa imposible.

65. Ver nota 55 anterior.

75 *Ejemplo:* Quien ha insultado gravemente a otro no puede defenderse legítimamente si es agredido levemente por éste.

76 Se ha visto el **fundamento** de este requisito en el *versari in re illicita*[66] y, por tanto, en el pensamiento que hace responsable al sujeto objetivamente de las consecuencias de su actuación ilícita originaria. Pero el sentido del *versari in re illicita* es atribuir al sujeto las consecuencias *imprevisibles* de su actuación ilícita, de modo que el requisito que ahora examinamos sólo respondería a este principio en cuanto permitiera castigar lesiones imprevisibles para el defensor. Ello no es así en el momento de la defensa. Tampoco lo será en el momento de la provocación si cabía contar con la reacción agresiva del provocado. Sin embargo, es cierto que no resulta plausible que baste haber provocado al agresor de cualquier modo para perder el derecho a la defensa. El Derecho puede reprochar, si no es lícita, la provocación, pero es preciso algo más para que sea justo obligar a soportar una agresión antijurídica o exponerse a ser castigado. Ahora bien, hay que hacer las siguientes puntualizaciones:

77 En primer lugar, según la opinión dominante el requisito de falta de provocación **no tiene el carácter de fundamental**, por lo que si sólo falta el mismo cabe la atenuación propia de la **eximente incompleta**.[67]

78 En segundo lugar, la ley sólo excluye el requisito si la provocación es **«suficiente»**. Para determinar cuándo lo es, se siguen distintas vías.

79 El TS exige la *adecuación* de la provocación en orden a explicar la reacción mediante la agresión (SSTS 2442/2001 de 18 dic. y 399/2003 de 13 mar.). La «provocación suficiente» se considera equivalente a la «provocación adecuada» que antes de 1983 el art. 9, 5º CP consideraba atenuante para el agresor.[68] Tal planteamiento no elimina, sino que sólo restringe, los efectos indeseables del presente requisito. Lo consigue, pero a costa de eliminar la necesidad del mismo, la solución que propone un sector doctrinal español: para que la provocación excluya la legítima defensa debe hacer *justa* la reacción, es decir, tiene que constituir una verdadera agresión ilegítima que justifique como defensa necesaria la reacción del provocado.[69] Es evidente que, así limitado, el requisito examinado sería innecesario, pues aun sin él sería innegable que el provocador no puede defenderse cuando a su vez el provocado se está defendiendo *legítimamente* de él (faltaría la agresión *ilegítima* por parte del provocado). Esta anulación de la necesidad del requisito se ha juzgado insatisfactoria por la doctrina.[70] Añadiré en contra de la restricción propuesta el argumento de que chocaría con el derogado art. 8, 5º CP, el cual admitía la legítima defensa de un pariente aunque el defendido hubiera provocado la agresión: si ha de ser posible la legítima defensa, la agresión procedente del provocado ha de ser antijurídica, y no a su vez legítima defensa frente a la provocación.

80 Otra solución sería considerar «provocación suficiente» únicamente la provocación *intencional*, esto es, aquélla que se produce por el sujeto con la intención de determinar la

66. Así, críticamente, Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 251 s.

67. Cfr. Córdoba, Comentarios, I, p. 253 (salvo cuando la provocación sea intencional: buscando la agresión, en cuyo caso se denegaría también la eximente incompleta); Luzón Peña, en Cobo (dtr.), Comentarios, V 1º, p. 263.

68. Cfr. Magaldi, op. cit., pp. 144, 155 ss.

69. Cfr. Silvela, Derecho penal, II, p. 192; Ferrer Sama, Comentarios, I, pp. 187 ss.

70. Así Córdoba, Comentarios, I, p. 252.

agresión por parte del provocado con objeto de poder lesionarle a través de la defensa. En casos como éstos, la doctrina alemana dominante excluye la posibilidad de legítima defensa, pese a que no obliga a ello la letra del StGB.[71] Pero para ello se cree necesario requerir que la provocación intencional sea *ilícita*. Se discute si basta para excluir el derecho a la defensa que la provocación sea *inmoral* o contraria a las normas *sociales*, aunque parece preferible la opinión que lo niega y exige que la provocación sea antijurídica.[72]

81 No será ilícito, por ejemplo, no seguir la corriente al camorrista o no ceder a sus bravatas, aun sabiendo (o incluso deseándolo) que ello determinará a éste a agredir. Así se desprende del derecho a la libertad de expresión y de movimientos. Pero considérese el caso siguiente: el amante, conocedor de las amenazas de muerte que contra él ha efectuado el marido burlado, y sabiendo que éste incluso se ha procurado una pistola para hacerlas efectivas llegado el caso, le espera con la mujer en el domicilio conyugal para provocar una situación de agresión por parte del marido y poderle matar al defenderse; el marido hubiera dado muerte al provocador si éste no se hubiese defendido matándole antes.

82 Luzón entiende que únicamente concurre provocación «suficiente» cuando la misma hace desaparecer la necesidad de defensa del Derecho por el provocador, lo que a su juicio sólo sucede en los casos de *riña mutuamente aceptada* o de *duelo*: sólo entonces «los contendientes renuncian a la protección y defensa jurídica» y, por tanto, «no pueden aparecer legitimados (ni lo quieren) para defender el orden jurídico».[73] Pero en la riña libremente aceptada no sólo falta el requisito no fundamental tercero del art. 20, 4º, (cuya falta permitiría apreciar la eximente incompleta), sino toda necesidad de defensa (cfr. supra. A d).

3. *La legítima defensa putativa*

83 Se habla de «legítima defensa putativa» cuando el sujeto cree *erróneamente* que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

84 *Ejemplo:* Tras haber tenido una violenta discusión en un bar, A cree que quien viene corriendo hacia él en una calle oscura próxima es su adversario B que quiere agredirle; A dispara antes de que pueda advertir que quien corría y es herido ni era B ni pretendía atacar a nadie.

85 El Tribunal Supremo viene distinguiendo entre «defensa putativa» y «exceso putativo en la legítima defensa». La primera supondría suposición errónea de

---

71. Cfr. por todos, y a favor, Roxin, CPC 17 (1982), pp. 310 s. En España se rechaza también la legítima defensa si la provocación es imprudente (respecto de la agresión, que no se quiso aunque era previsible): cfr. Antón Oneca, PG, p. 248. Si es intencional se niega además la eximente incompleta (ver nota 59 anterior). En contra, un sector de la doc. alemana se opone, incluso en este caso, a negar toda posible defensa, y admite sólo su restricción a lo imprescindible y en cuanto no quepa huir o esquivar. Cfr. así Bockelmann, Honig-Fest., pp. 28 ss.; Jescheck, Tratado, p. 471.

72. Cfr. Roxin, op. cit., pp. 313 s.

73. Cfr. Luzón Peña, en Cobo (dtr.), Comentarios, V 1º, p. 268. Otros autores creen que la provocación sólo será suficiente si excusa (aunque no justifique) la agresión (así Cobo/Vives, PG p. 471), o si llega a convertir al provocador en instrumento en manos del provocado, que actuaría entonces a modo de autor mediato (así Hassemer, en Bockelmann-Fest., p. 244).

todos los requisitos de la eximente, mientras que el segundo concurriría cuando la errónea creencia recayese sólo sobre la necesidad de la defensa: Cfr. SSTS 23 mayo 65, 2 oct. 81.[74] Sin embargo, es incorrecto hablar de «exceso putativo» en estos casos, porque en ellos el exceso es real, no putativo.

86 El **tratamiento** que merece la legítima defensa putativa es el propio de todo error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación (cfr. supra, I 5). En España la doctrina tradicional sigue la teoría del dolo, y considera que el error excluye en este caso el dolo: si el error es vencible concurrirá imprudencia y si no lo es, impunidad (SSTS 1458/2004, 10 de dic. y 442/2006, 18 de ab.).[75] Así, SSTS 21 en. 69, 11 marzo 72, 20 marzo 72, 21 abril 80, 20 en. 84, 20 jun. 84, 14 dic. 85, 26 oct. 86 (aunque hablan de «error de prohibición» y lo sitúan en la culpabilidad).[76] La STS 10 mayo 89 (ponente: Díaz Palos) sostiene que la jurisprudencia considera que en la legítima defensa putativa concurre error de tipo. Según esto habrá que acudir, pues, al número 1 del art.14 CP. Esta me parece la solución correcta, aunque el error no afecte al tipo del delito, pues sí afecta a la situación descrita en el tipo de la legítima defensa (**error de tipo negativo**), y no sólo a su regulación jurídica.[77]

87 Distinto tratamiento propone la **teoría estricta de la culpabilidad**, según la cual el error sobre una causa de justificación será siempre error de prohibición, que atenúa o excluye la culpabilidad según sea vencible o invencible.[78] Por otra parte, una importante corriente jurisprudencial ha tendido a apreciar la propia eximente de legítima defensa completa o incompleta, según que la errónea creencia fuera plenamente «racional» y «fundada», o simplemente vencible (cfr. p. ej. SSTS 17 febr. 55 y 26 en. 57).[79] La SSTS 19 dic. 79 calificó el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como «error de prohibición» que si es invencible excluye la culpabilidad y no la antijuridicidad, pero ello no le impidió seguir estimando la legítima defensa del anterior art. 8, 4º.[80]

88 Del supuesto de error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa debe distinguirse el **error sobre los límites jurídicos** de la eximente.

89 *Ejemplo:* El agredido cree que puede proseguir la «defensa» una vez que tiene desarmado e indefenso al agresor. Se trata aquí de un error de prohibición que sigue leyes distintas al error de tipo (cfr. infra la Lección 24).

---

74. Cfr. Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, pp. 92 ss.

75. .Cfr. en el sentido de la teoría del dolo Antón Oneca, PG pp. 211 s.; Quintano Ripollés, Curso I, p. 313; Rodríguez Devesa, PG p. 602, que si bien distingue error de tipo y error de prohibición trata ambos del mismo modo; también así Cobo/Vives, PG p. 612, y el TS, que aquí parece seguido por Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, pp. 77 ss.

76. Cfr. Joshi, ADPCP 1987, pp. 715 s.

77. Cfr. desde la teoría de los elementos negativos del tipo Gimbernat, Estudios, p. 171 nota 32. Sobre la teoría restringida de la culpabilidad cfr. infra Lec. 21, II, 2 C.

78. Cfr. infra Lec. 21, II, 2 B. En este sentido SSTS 1458/2004 de 10 dic. y 442/2006 de 18 abr.

79. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 261 ss.

80. Cfr. Rodríguez Mourullo, Legítima defensa, pp. 41 ss., considera superada esta línea jurisprudencial.

Lección 17.
ESTADO DE NECESIDAD

Bibliografía

Amelung, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW, 1977, pp. 833 ss.; *el mismo*, Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm, NJW, 1978, pp. 623 s.; *Bajo*, La intervención médica contra la voluntad del paciente, ADPCP 1979, pp. 491 ss.; *el mismo*, Agresión médica y consentimiento del paciente, CPC nº 25 (1985), pp. 127 ss.; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *von Ballestrem*, Der Notstand, ein Schuld- oder ein Unrechtsausschließungsgrund?, 1928; *Baratta*, Antinomie giuridiche e conflitti di conscienza, 1963; *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, 1911; *Bernal*, Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 81 ss.; *el mismo*, Conflictos penales originados por el cumplimiento de deberes profesionales y públicos, en RDP nº 21, 2007; *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre, 1935; *Cadenas*, Consideraciones sobre la teoría de la diferenciación del estado de necesidad, en LH al Prof. G. Jakobs en su 70 aniversario, 2008; *Carbonell*, La justificación penal, 1982; *Cerezo*, Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen StGB, en Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pp. 689 ss.; *el mismo*, La regulación del estado de necesidad en el CP español, Fernández Albor (ed.), en Estudios penales y criminológicos, X, 1987; *el mismo*, Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente..., RFDUC, monogr. 11, pp. 199 ss.; *Cobreros*, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, 1988; *Coca Vila*, Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo, InDret, 1/2011; *Córdoba*, Las eximentes incompletas en el Código penal, 1966; *Cuerda Arnau*, El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, 1997; *la misma*, Aborto y estado de necesidad. Reflexiones a partir de la STS de 1 de dic. de 1990, PJ nº 22, jun. 1991; *Cuerda Riezu*, La colisión de deberes en Derecho penal, 1984; *De la Cuesta Aguado*, Estado de necesidad: estructura normativa y naturaleza jurídica, en RDPP nº 17, 2007, pp. 93 ss.; *Dencker*, Der verschuldete Rechtfertigende Notstand, JuS 1979, pp. 779 ss.; *Díaz Palos*, Estado de necesidad, en NEJ, t. VIII, pp. 904 ss.; *Erb*, Das Verhältnis zwischen mutmaßlicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *De Francesco*, La proporzione nello stato di necessità, 1978; *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, en Festschrift für Mezger, 1954; *Garrigues*, Sobre algunos puntos del CP: el hambre como eximente, RGLJ 137 (1920), pp. 264 ss.; *Gimbernat*, El estado de necesidad: un problema de antijuricidad, en el mismo, Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. ZStr. 1913, pp. 129 ss.; *Greco*, Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanke zur Folter in sog. Tickingtime Bomb-Konstellationen, en GA 2007, pp. 628 ss., con comentario de *Schünemann*, GA 644 ss.; *Grosso*, Difesa legittima e stato di necessità, 1964; *Grünhut*, Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, ZStW 51 (1931) pp. 455 ss.; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), 1955; *Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932; *Hirsch*, La regulación del estado de necesidad, en Cuadernos del CGPJ, Jornadas sobre la «Reforma del Derecho penal en Alemania», pp. 59 ss.; *Hörnle*, Matar para salvar muchas vidas en InDret 3/2010; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, en Festschrift für Dreher, 1977, pp. 189 ss.; *el mismo*, Rettungspflichten

in Notstandssituationen, JuS 1979, pp. 385 ss.; *el mismo*, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?, NJW 1980, pp. 21 ss.; *el mismo*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant, GA 1991, pp. 1 ss.; *Jakobs*, Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand en Amelung (ed.), Festschrift für V.r Krey: zum 70. Geburtstag, 2010; *Jiménez de Asúa*, El estado de necesidad en materia penal, Buenos Aires, 1922; *el mismo*, Hurto famélico y miseria, en El Criminalista, III, Buenos Aires, 1949, pp. 69 ss.; *Joerden*, Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsopfer, GA 1993, pp. 245 ss.; *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797-1798), reimpr.: Kant, Werke tomo 7, 1983; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 327 ss.; *Kelker*, Der Nötigungsnotstand, 1993; *Kienapfel*, Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ 1975, pp. 421 ss.; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, pp. 474 ss.; *el mismo*, Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision Leben gegen Leben, JuS 1981, pp. 785 ss.; *el mismo*, Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1977, pp. 515 ss.; *el mismo*, Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand, 1983; *el mismo*, Das «Wesentliche» am «wesentlich überwiegenden Interesse», GA 1983, pp. 289 ss.; *el mismo*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, 1986; *el mismo*, Grundsatzfragen der «Differenzierung» zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, pp. 81 ss.; *Lange*, Terrorismus kein Notstandsfall?, NJW 1978, pp. 784 ss.; *el mismo*, Das Merkmal der «Nicht-anders-Abwendbarkeit» der Gefahr in §§ 34, 35 StGB, en Festschrift für Lackner, 1987, pp. 95 ss.; *Langsdorff*, Das allgemeine Notstandsprinzip der Verhältnismässigkeit, 1919; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, pp. 295 ss; *Llobet Anglí*, ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?, en InDret 3/2010; *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978; *el mismo*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en Cobo (dtr.), Comentarios, V, 1º, pp. 223 ss.; *el mismo*, Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y autolesión, en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, 1988, pp. 59 ss.; *el mismo*, «Actio illicita in causa» und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen, en Jahrbuch f. Recht u. Ethik, t. 2 (1994), pp. 353 ss.; *Mangakis*, Pflichtenkollision, ZStW 84 (1972), pp. 447 ss.; *L. Martín-Retortillo*, Derechos fundamentales en tensión (¿Puede el juez ordenar una transfusión de sangre en peligro de muerte aun en contra de la voluntad del paciente?), PJ, nº 13, dic. 1984; *Martínez Cantón*, Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Martínez Escamilla*, Los "correos de la cocaína" y el TS: pobreza, estado de necesidad y prevención general, en A.A.V.V., Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón, 2004; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre, 1935; *Mir Puig*, Problemas de Estado de Necesidad en el art. 8, 7º CP, en Estudios jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria, 1983; *el mismo*, Aborto, estado de necesidad y Constitución, en Mir Puig (ed.), La despenalización del aborto, 1983, pp. 101 ss.; *Molina*, El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación), RDPCr (nº extra) 2000, pp. 199 ss.; *el mismo*, La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?, en Cuerda Riezu (dir.), La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos, 2005; *Observatori de Bio-ética i Dret*, Document sobre el rebuig dels testimonis de Jehovà a les transfusions de sang, 2005; *Oetker*, Notwehr und Notstand, en Festgabe für Frank, I, 1930, pp. 359 ss.; *Otte*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, 1997; *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3ª ed., 1978; *Palermo* Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del profesor Silva Sánchez, en Robles/Sánchez-Ostiz (coords.), La crisis del derecho penal contemporáneo, 2011; *Paredes Catañón*, Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad....., PJ nº 13 (1989), pp. 115 ss.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, 2002; *el mismo,* Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003; *el mismo*, Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung, en JRE 2003; *el mismo*, Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes, en JRE 2014; *Pereda*, El hurto famélico o necesario, ADPCP 1964, pp. 5 ss.; *Pelz*, Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, NStZ 1995, 305; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994; *Robles Planas*, En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Rodríguez Devesa*, Necesidad de un nuevo planteamiento de la problemática del hurto famélico, RP 19 (1963), pp. 495 ss.; *Roldán*, Estado de necesidad y colisión de intereses, CPC 20 (1983), pp. 469 ss.; *Ropero*, La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto, en ADPCP t. LVI, 2002; *la misma*, Las

"disfunciones" introducidas por el sistema de indicaciones en la protección de la vida y la salud en la fase prenatal, en RDPCr nº extr. 2004; *Roxin*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 457 ss.; *el mismo*, Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, en Festschrift für Schüler-Springorum, 1993, pp. 441 ss.; *Rudolphi*, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat... strafbar?, ZStW 78 (1966), pp. 67 ss.; *Sainz Cantero*, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, 1965; *Schaffstein*, Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand, en Bruns-Festschrift, 1978, pp. 89 ss.; *Eb. Schmidt*, Das Reichsgericht und der «übergesetzliche Notstand», ZStW 49 (1929), pp. 350 ss.; *Schroeder*, Notstandslage bei Dauergefahr, JuS 1980, pp. 335 ss.; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründe, 1978; *Serrano*, Estado de necesidad y conflicto entre bienes de un mismo titular, en CPC (102) 2010; *Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931; *Silva*, Sobre el estado de necesidad en Derecho español, ADPCP 1982, pp. 663 ss.; *el mismo*, Estado de necesidad y art. 8, 7º CP, tesina mecanograf., Bellaterra, 1981; *el mismo*, Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, (Luzón Peña/Mir Puig [dir.]), 1999, pp. 155 ss.; *el mismo*, Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand, 2005; *el mismo*, Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia, en LH al Prof. Rodríguez Mourullo, 2005; *el mismo*, Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación, en LH al Prof. Bustos Ramírez, 2011; *Sydow*, 34 StGB-kein neues Ermächtigungsgesetz!, JuS 1978, pp. 222 ss.; *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand..., en Festgabe für Frank, 1930, pp. 469 ss.; *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Bedeutung der Rettungsfolter, 2006; *von Weber*, Das Notstandsproblem..., 1925; *el mismo*, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, en Festschrift für Kieselbach, 1947, pp. 233 ss.; *Weigelin*, Das Brett des Karneades, GS 116 (1942), pp. 88 ss.; *Welzel*, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), pp. 47 ss.; *Wilenmann*, El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal, en InDret 3/2014; *Wittig*, Das Extra-Legal Measures Model of Emergency Powers von Gross: Eine neue Antwort auf die Herausforderung des Rechts in extremen Konfliktsituationen?, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014.

I. Concepto

1. En el orden del Código penal, la segunda causa de justificación que se prevé, tras la legítima defensa (art. 20, 4º CP), es el estado de necesidad (art. 20, 5º CP). **El Código** no ofrece ninguna definición del «estado de necesidad», sino que da por supuesto este concepto y se limita a exigir que en el mismo concurran ciertos requisitos. El art. 20, 5º CP, en efecto, comienza declarando que está exento de responsabilidad criminal «el que, en *estado de necesidad*, para evitar un mal propio o ajeno, lesione un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos...» Importa, pues, ante todo, determinar el concepto de «estado de necesidad».[1] **1**

Existe una **definición** de estado de necesidad usual en la doctrina: «estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona». Se trata, sin embargo, de un concepto muy amplio, en el que cabrían otras causas de justificación, como la legítima defensa[2] y ciertos supuestos de cumplimiento de un deber (art. 20, 7º CP). En realidad, estas otras eximentes constituyen manifestaciones **2**

1. Vid. Baldó, Estado de necesidad, Capítulo Segundo.

2. Así lo reconoce Jescheck, Tratado, p. 483 nota 1. Sin embargo, en la legítima defensa los intereses "legítimamente" lesionados del agresor sólo pueden considerarse "legítimos" en sí mismos considerados

específicas de la eficacia justificante de la *necesidad*, que se han diferenciado por su particular significado. El estado de necesidad a que se refiere el art. 20. 5º debe definirse, pues, como un «estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y *que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber*». La referencia a «intereses» deberá entenderse, por otra parte, en un sentido amplio si se quiere dar cabida en el estado de necesidad a la llamada «colisión de deberes». Ésta se caracteriza por el hecho de que un determinado deber sólo puede cumplirse a costa de infringir otro. A continuación examinaremos las dos cuestiones que plantea el concepto de estado de necesidad: por una parte, su diferenciación respecto de la legítima defensa y el cumplimiento de un deber, y por otra parte, la relación entre el estado de necesidad y la colisión de deberes.[3]

2. *A) Estado de necesidad, legítima defensa y cumplimiento de un deber*

3 a) Tanto el estado de necesidad en sentido estricto como la **legítima defensa** suponen una situación de peligro que sólo puede conjurarse mediante un hecho típico. ¿En qué se distinguen? En la legítima defensa se permite reaccionar *frente a una persona que agrede antijurídicamente*; en el estado de necesidad, en cambio, se permite lesionar intereses de una persona que no realiza ninguna agresión ilegítima —salvo si ataca bienes colectivos, no susceptibles de legítima defensa (cfr. *infra*, III 1 A c bb).[4] Al estudiar el significado de la legítima defensa dijimos que en ella se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación ante el Derecho: mientras que el agresor infringe el Derecho, el defensor se halla en una situación legítima respecto a su agresor. En cambio, en el estado de necesidad entran en conflicto sujetos que se hallan *en la misma posición frente al Derecho*: ninguno de ellos es aquí un injusto agresor.

4 *Ejemplo:* Cuando alguien defiende su propiedad del ataque de un ladrón dentro de los límites legales, concurre legítima defensa. Cuando una tempestad amenaza con hundir el barco si el capitán no echa al mar una parte de la carga, concurre estado de necesidad que puede justificar esta medida. Nótese que en este segundo caso entran en conflicto intereses de personas ninguna de las cuales se enfrenta al Derecho con una agresión: el dueño o dueños del cargamento, por una parte, y los tripulantes del navío y su propietario, por otra.

(su vida, su integridad física, etc., son *bienes jurídicos*, esto es, protegidos por el Derecho), y no porque sea "legítima" su defensa por parte del agresor frente al que se defiende.

3. En contra de la posibilidad de distinguir la colisión de deberes eximente y la eximente de cumplimiento de un deber, por una parte, y de incluir la colisión de deberes en el anterior art, 8, 7º CP (actual art. 20, 5º), Cerezo, RFDUC, monogr. 11, pp. 205 s.

4. Cfr. Cerezo, La regulación, p. 62.

5 Esta diferencia es la que explica los distintos límites que fija la ley a la legítima defensa y al estado de necesidad.[5] Mientras que en principio es legítima toda defensa *necesaria* para repeler la agresión ilegítima —salvo en casos de extrema desproporción y siempre que no medie provocación previa suficiente por parte del que se defiende—, el estado de necesidad sólo justifica cuando «el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar» (requisito primero del art. 20, 5º). Además del *principio de necesidad*, en el estado de necesidad, debe respetarse, pues, una *versión estricta del principio de proporcionalidad* de los intereses en conflicto (SSTS 1964/2000, 15 de dic., FJ. 2 y 3, 159/2002, 8 de feb., FJ. 1, 233/2002, 15 de feb., FJ. 2, 640/2002, 22 de ab., FJ. 2, 888/2002, 14 de may., FJ. 2, 1125/2002, 14 de jun., FJ. 2, 2076/2002, 23 de en., FJ. 13, 156/2003, 10 de feb., FJ. 2, 924/2003, 23 de jun., FJ. 3 y 186/2005, 10 de feb., FJ. 3). Ello se debe al distinto significado de las dos eximentes: ante el injusto agresor el defensor, amparado por el Derecho, puede reaccionar en principio con todos los medios que sean necesarios para evitar que el injusto triunfe sobre el Derecho: en cambio, el conflicto entre dos personas que se encuentran en la misma situación ante el Derecho, que es lo que se produce en el estado de necesidad, sólo puede solucionarse a favor de uno de ellos si no causa en el otro un mal mayor que el que le amenaza: *a igualdad de legitimidad en las situaciones de los sujetos, lo que decide el conflicto es la importancia de los intereses en juego*. ¿Por qué uno de los sujetos habría de soportar una lesión más grave que la que amenaza al otro?[6]

6 No sería suficiente, sin embargo, decir que la diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa es la *concurrencia* o no de una agresión ilegítima. Para la legítima defensa es preciso que además se reaccione *contra el agresor*. Si ante una agresión ilegítima el agredido se defiende *interponiendo a un tercero no agresor* sobre el que ha de recaer la agresión, la lesión del sujeto interpuesto no puede quedar cubierta por legítima defensa, sino sólo, si concurren sus requisitos, por el estado de necesidad.[7] La razón es que en este caso el conflicto a enjuiciar se produce entre dos personas, el agredido y el tercero, que se encuentran entre sí en una misma situación frente al Derecho: ninguno de ambos agrede al otro. La consecuencia es que, el agredido no puede defenderse poniendo para ello a un tercero en un peligro más grave que el que le amenaza. Ello parece justo. Este grupo de casos puede designarse con el nombre de **«defensa que recae sobre un tercero»**, a condición de que se advierta que frente al tercero no hay defensa alguna.

---

5. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 72 s., 69 ss.

6. Cfr. el planteamiento próximo de Antón Oneca, PG, p. 267. Cuando la lesión causada es menos grave que la que amenazaba, el deber de soportar aquélla se basa, según Kühl, Strafrecht, AT, 3ª ed., 7/9, en el principio de solidaridad.

7. Ya así von Liszt, Tratado II, p. 346. Cfr. también STS 8 oct. 71, que además contempla la posibilidad de estos casos de imprudencia o caso fortuito. Cfr. Rodríguez Mourullo, Legítima defensa (cit. en Lec. ant.), pp. 70 ss.; Luzón, Lecciones, p. 419.

7 b) También el **ejercicio de un deber** (art. 20, 7º CP) puede tener de común con el estado de necesidad una situación de conflicto entre intereses. Así, cuando un agente de la Autoridad ha de detener a un delincuente: aquí entran en conflicto el interés del delincuente en su libertad y los intereses del Derecho que exigen su detención. El agente de la Autoridad ha de actuar en defensa del orden jurídico. En casos como éste el ejercicio del deber constituye una causa de justificación *intermedia* entre la legítima defensa y el estado de necesidad. Como la legítima defensa, recae sobre un sujeto que se enfrenta al Derecho; pero, al no constituir defensa de un bien jurídico de una persona concreta, el ejercicio de un deber no puede llegar tan lejos como la legítima defensa. Cuando recae sobre un infractor del Derecho, el ejercicio de un deber permite, pues, si es necesario, lesionar intereses de aquél en sí más importantes que los que se defiendan *(principio de necesidad)*, pero sólo en la medida en que la lesión guarde proporcionalidad con la gravedad de la infracción *(principio de proporcionalidad)*. En suma: en estos casos de ejercicio del deber se permite ir más allá del estado de necesidad —no hace falta respetar el límite exacto de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar—, pero sin que pueda desaparecer la proporcionalidad.

B) *Estado de necesidad y colisión de deberes*

8 Se dice que concurre **colisión de deberes** cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro. Concurre entonces una situación de conflicto que en la doctrina se considera una manifestación particular del estado de necesidad.[8] También en la colisión de deberes se produce un conflicto de intereses en sentido amplio, porque los deberes protegen intereses personales o colectivos; pero lo peculiar de la colisión de deberes es que en ella el sujeto *debe* actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás casos de estado de necesidad, en los cuales *se faculta* (pero no se obliga) al agente a efectuar la lesión de un bien jurídico.

9 *Ejemplos:* Según la doctrina, concurre una colisión de deberes cuando el médico sólo dispone de un pulmón artificial y se encuentra ante dos enfermos que lo precisan y a los cuales tiene el *deber de auxiliar*. En cambio, cuando alguien causa unos daños en la propiedad ajena como único modo de salvar su vida, actúa en un estado de necesidad que le permite hacerlo pero que *no le obliga* a ello.

10 La figura de la colisión de deberes se maneja por la doctrina alemana con objeto de *diferenciar su tratamiento* respecto de los demás casos de estado de necesidad. La diferencia de

8. Así Jescheck, Tratado I, p. 483; Rodríguez Devesa, PG, p. 556. Sobre la colisión de deberes en general cfr.: Otto, Pflichtenkollision, *passim*; Cuerda, Colisión de deberes, *passim*.; Baldó, Estado de necesidad, Caps. III y V.

tratamiento vendría requerida por el hecho de que en la colisión de deberes el sujeto no sólo puede, sino que debe actuar u omitir. Así, mientras que en el estado de necesidad genérico sólo quedaría justificada la lesión de un bien jurídico «esencialmente» inferior al que se salva, en la colisión de deberes, resultaría justificada la infracción de un deber *ligeramente* inferior al que se cumple[9] o incluso, según la opinión mayoritaria, la infracción de un deber *igual* al que se respeta.[10] Esta diferencia de tratamiento no se acoge en la doctrina española, que cree necesario equiparar ambos grupos de casos a la vista de la regulación unitaria del art. 20, 5º CP. Después veremos que esta interpretación no resulta satisfactoria y que, al contrario, la regulación del art. 20, 5º CP debe ser concretada distinguiendo el tratamiento de la colisión de deberes.

11 La situación característica de la colisión de deberes, en la que el sujeto *debe* actuar u omitir, y no sólo *puede* hacerlo, se da tanto en caso de concurrencia de **dos deberes de actuar**, como cuando coliden **un deber de actuar y otro de omitir**. En el ejemplo propuesto del pulmón artificial entrarán en conflicto dos deberes de actuar (deber de auxilio); en cambio, concurriría un deber de actuar con otro de omitir si para salvar la vida de un pariente (deber de auxilio) hubiera que dañar la propiedad ajena (infracción del deber de omitir la lesión de la propiedad).

12 La letra del **art. 20, 5º CP** permite dar entrada en él a todas las clases de colisión de deberes, al referirse al que, impulsado por un estado de necesidad, «para evitar un mal ajeno» «infringe un deber». Entra aquí el supuesto de que el agente tenga deber de evitar el mal ajeno (deber de auxilio) y para cumplirlo no tenga más remedio que infringir un deber de actuar (habría entonces colisión de dos deberes *de actuar)* o un deber de omitir una lesión (concurriría colisión de un deber *de actuar* y otro *de omitir*).[11]

13 *Ejemplos:* Para evitar la muerte de un enfermo, al que el médico tiene deber de socorrer, éste no puede auxiliar a otro paciente menos grave (colisión de deberes de actuar). Para socorrer a un accidentado alguien utiliza el vehículo de otra persona (colisión de un deber de actuar y un deber de omitir la utilización de vehículos ajenos).

14 Los casos que es más discutible que resulten abarcados por el art. 20, 5º CP, son aquéllos en que se infringe un deber para cumplir otro cuya inobservancia no producirá un mal *a otra persona* determinada, sino al orden público, a la cosa pública, etc. La decisión de estos supuestos depende del alcance que se dé a la expresión legal «mal ajeno». Más adelante veremos que conviene interpretarla en sentido amplio, de modo que alcance a casos como el ahora planteado.

---

9. Así Jescheck, Tratado I, p. 497.

10. Al menos respecto a los tipos de omisión: cfr. Maurach/Zipf, AT, § 27 IV 53, 55; Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte (1959) p. 137; Lenckner, op. cit., pp. 5, 27; Küper, JuS 197, pp. 474 ss.; Baumann, AT, 8ª ed., pp. 364 ss. Cfr. infra nota 21.

11. Aunque en su origen la expresión «infringe un deber» se pensó seguramente para deberes de actuar, abarca literalmente los deberes de omitir: cfr. así Silva, ADPCP, 1982, p. 676.

15 **La expresión «colisión de deberes»** se admite aquí por su arraigo doctrinal y utilidad conceptual, pero en puridad resulta *discutible*. Si se admite que el Derecho no puede imponer «deberes que no hay *deber* de cumplir», habrá que considerar inexacto afirmar que existe una propia colisión de dos deberes cuando sólo *debe* cumplirse el más importante o, siendo de igual valor, cualquiera de ambos. El problema debe resolverse del modo siguiente: en la llamada colisión de deberes concurren dos normas que *en general* imponen deberes contrapuestos, pero *en concreto*, cuando coliden, *sólo subsiste un deber*. Ocurre aquí algo parecido a lo que sucede en el llamado «concurso de leyes». Puede decirse, pues, que, el sujeto habrá actuado en cumplimiento de *un deber*, por lo que su conducta podría resultar también amparada por la eximente de este nombre (art. 20, 7º CP), si no fuera porque esta otra eximente debe reservarse para casos más específicos (cfr. *infra* Lección 13 I 3 A).

II. Fundamento y clases

16 1. La historia dogmática del estado de necesidad ha ofrecido tres fundamentaciones de esta eximente: la teoría de la adecuidad, la teoría de la colisión y la teoría de la diferenciación.[12]

17 a) La **teoría de la adecuidad** *(Adäquitätstheorie)* parte de la idea de que la acción realizada en estado de necesidad no es conforme a Derecho, no es jurídicamente correcta, pero no puede castigarse por razones de equidad (de ahí su nombre), habida cuenta de la situación de *coacción psicológica* en que actúa el sujeto. Procede de Kant.[13]

18 b) La **teoría de la colisión** —que proviene de Hegel—[14] sostiene, por el contrario, que el fundamento del estado de necesidad radica en el *mayor valor objetivo* que para el Derecho tienen los intereses salvados en comparación con los intereses que se sacrifican. A la vista de dicha superioridad valorativa, en caso de colisión (de ahí el nombre de la teoría) debe considerarse objetivamente correcta, *justificada* y no sólo disculpada personalmente al autor, la acción que salva el interés más importante. Ello es independiente de que el sujeto actúe o no bajo el influjo de una coacción psicológica.

19 c) La **teoría de la diferenciación**, es la dominante en la actualidad (STS 1998/00, 28-12, FJ 2). Entiende que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuidad y el principio del interés predominante

12. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 483 s.; Roldán Barbero, CPC 1983, pp. 483 ss.; Antón Oneca, PG, p. 265; Baldó, Estado de necesidad, Caps. I y II.

13. Cfr. Kant, Metaphysik der Sitten, pp. 343 s. (se refería únicamente al caso de la «tabla de Carnéades», en que un náufrago arroja de su tabla de salvación a otro que había llegado antes a ella). Sobre esto y su contexto histórico vid. Hruschka, GA 1991, pp. 8 ss.

14. Cfr. Hegel, Philosophie des Rechts, p. 115, donde se refirió sólo al caso de salvación de la vida a costa de la propiedad ajena.

destacado por la teoría de la colisión deben utilizarse para explicar, respectivamente, *dos grupos de casos* diferentes de estado de necesidad.

20 a') En un primer grupo de supuestos puede decirse que el fundamento de la exención es la salvación del interés objetivamente más importante: son los casos en que se lesiona un interés esencialmente inferior al que se salva. Concurre entonces un **estado de necesidad justificante** (causa de justificación: SSTS 159/2002 de 8 febr., 233/2002 de 15 febr., 888/2002 de 14 mayo y 924/2003 de 23 jun.).

21 b') El segundo grupo de supuestos sería el de los casos en que el interés lesionado no es esencialmente inferior al que se salva, o incluso es igual o superior a éste. Aquí no puede considerarse objetivamente justificada la conducta lesiva con arreglo al criterio de la colisión, pero puede resultar *disculpada* al sujeto, si éste actúa bajo una situación de conflicto en la cual no le es *exigible* que deje sacrificar el interés amenazado. Así sucede cuando se halla en juego la vida o la integridad física, aunque se salve a costa de bienes iguales (vida contra vida) o superiores. Se entiende que cuando peligran bienes personalísimos como aquéllos, exigir su sacrificio sería exigir una heroicidad, y el Derecho no se dirige a héroes, sino al ciudadano medio. Pero, como no se salva un interés esencialmente superior, no cabe justificación, sino sólo *exclusión de la culpabilidad* (esto es, de la *imputación personal*): se habla aquí de un **estado de necesidad exculpante**.[15]

22 2. Este planteamiento que diferencia un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad exculpante (y de ahí el nombre de la teoría) ha encontrado consagración legal en el **Código penal alemán** de 1975, que destina sendos parágrafos (el 34 y el 35) para ambas modalidades. La **doctrina española** ha acogido también hace tiempo esta teoría de la diferenciación, pero en una versión no coincidente que conduce a consecuencias prácticas muy insatisfactorias y que resulta difícilmente compatible con la regulación del Código Penal español.

23 La interpretación que hace la doctrina española dominante de la teoría de la diferenciación es la siguiente: en el art. 20, 5º CP se contienen dos especies diferentes de estado de necesidad. Por una parte, el estado de necesidad entre *bienes de distinto valor*, en el que resulta *justificada* la salvación del bien superior (estado de necesidad justificante). Pero, como el art. 20, 5º CP alcanza a todos los supuestos en que el mal causado *no es mayor* que el que se trata de evitar, también habrá que incluir en la eximente el estado de necesidad entre *bienes iguales*. Éste no tendrá, sin embargo, eficacia justificante, sino sólo *exculpante*

15. Cfr. Maurach/Zipf, AT, § 27, 3 ss., especialmente 37; Jescheck, Tratado, pp. 493 y 659 ss.; Roldán Barbero, CPC 1983, pp. 484 ss. Ver la STS 24 en. 95.

(estado de necesidad exculpante).[16] Esta construcción no coincide con la teoría de la diferenciación alemana.

24 Por un lado, para la justificación en Alemania se exige no sólo que el bien salvado sea superior, sino que «el interés protegido sea *esencialmente* más importante que el menoscabado» (paragr. 34 StGB). Se exige, además, para la ponderación de los intereses no sólo tener en cuenta el valor de los bienes jurídicos, sino también el grado del peligro que les amenaza, así como que el hecho lesivo constituya un medio «adecuado» (parágr. 34 StGB).[17] La doctrina añade que deben tomarse en consideración todas las demás circunstancias (así: si el peligro proviene o no de la parte sobre la que recae la lesión, la meta final perseguida por el agente, etc.), de modo que llega a admitirse que pueda lesionarse un bien jurídico que en sí posea mayor rango que otro que se salva. La «adecuación» exigida por la ley se valora en atención al sentido ético-social de la acción realizada en estado de necesidad.[18] En comparación con todo este planteamiento, la construcción española del estado de necesidad exculpante resulta *mucho más amplia*: exime en muchos más casos. Por otro lado, para la exculpación en Alemania no se exige como en España que el bien salvado sea igual y no menor que el lesionado. El parágr. 35 StGB requiere sólo que se realice un hecho antijurídico para evitar un peligro para la vida, la integridad física o la libertad del agente o de una persona a él allegada. Este límite no es cuantitativo (valor de los bienes), sino cualitativo (clase de bienes protegidos). La razón es que la concepción alemana del estado de necesidad exculpante no parte, como se vio más arriba, de la comparación del valor de los bienes en conflicto —criterio de la colisión que sólo se maneja para el estado de necesidad justificante—, sino de la idea de la anormal motivación subjetiva del sujeto. Esta anormalidad motivacional concurre sólo en forma suficiente cuando el sujeto se ve ante un peligro para un bien personalísimo suyo o de un allegado, y con independencia de la ponderación cuantitativa de los bienes en conflicto. En cambio, en España se admite el estado de necesidad exculpante de terceros (auxilio necesario) sin límite alguno.[19]

25 3. **La versión española de la teoría de la diferenciación no es satisfactoria en sus consecuencias**. El ámbito que se atribuye al estado de necesidad justificante es *demasiado amplio*, mientras que el alcance que se da al estado de necesidad exculpante resulta *en parte excesivo y en parte insuficiente*.

26 a) No es satisfactorio que *todo* estado de necesidad entre bienes desiguales en que se salva el más valioso justifique necesariamente el hecho —y no sólo no es satisfactorio que «justifique», sino que tampoco lo es que *exima* automáticamente,[20] pues tampoco tiene por

16. Cfr. Sáinz Cantero, Exigibilidad, p. 123 y Lecciones, pp. 604 s.; Antón Oneca, PG pp. 264 ss.; Cuello Calón, PG, pp. 395 s.; Rodríguez Devesa, PG, pp. 559 (con reparos); Díaz Palos, Estado de necesidad, p. 16. Especialmente clara es la comparación de las doctrinas alemana y española que, equiparándolas, efectúa Gimbernat, Estudios, p. 156. Sobre la evolución y situación actual de la doc. española cfr. ampliamente Roldán, CPC 1983 pp. 500 ss., que cita a favor de la diferenciación las SSTS 29 sept. 65, 15 jul. 71, 5 febr. 74, 24 sept. 74 y 26 nov. 75.Cfr. también STS 13 abr. 87.

17. Cfr. p. ej., Jescheck, Tratado, pp. 493 s.; Maurach/Zipf, AT, § 27 III 38; Stratenwerth, AT, 9/107; Roxin, Jescheck-Fest., pp. 464 s.; Lenckner, GA 1985, pp. 295 ss.

18. Vid. Lenckner, GA 1985, pp. 295 ss., 298, 312: Roxin, Jescheck-Fest., p. 465; Jescheck, pp. 494 s.

19. Escribe Rodríguez Devesa, PG p. 556: «El auxilio necesario puede darse en todas las hipótesis previstas para el auxilio propio» —que, según la interpretación dominante, abarca también al estado de necesidad exculpante de bienes iguales—. Más explícitamente aún Gimbernat, Estudios p. 160.

20. En este sentido crítico Roldán, CPC 1983 p. 504. Ello ha llevado a la doctrina española a intentar evitar la aplicación de la eximente de estado de necesidad en casos como el de quien, ante una lluvia

qué faltar en estos casos la imputación personal—. No es satisfactoria siempre la justificación porque en los casos de *poca* o hasta *mínima diferencia* entre los bienes en conflicto resulta político-criminalmente excesivo que el Derecho apruebe sin más la perturbación del orden jurídico y, en su caso, la intromisión en derechos ajenos que supone la acción lesiva realizada en estado de necesidad. Y tampoco ha de faltar necesariamente en estos casos la imputación personal puesto que el bien amenazado puede no ser personalísimo y no afectar en absoluto a la normalidad motivacional del sujeto.

27 b) Por otra parte, el estado de necesidad exculpante se concibe por la doctrina española en términos demasiado amplios cuando admite que pueda abarcar el *auxilio necesario* de terceros sin exigir que el salvador sea un pariente o persona próxima que pueda compartir la situación de conflicto psicológico del necesitado. Ello no resulta comprensible tratándose de una causa de exclusión de la imputación personal, que en principio ha de ser estrictamente personal, y sólo debería afectar a quien sufre la presión motivacional en su persona, por amenazarle el mal a él o a una persona estrechamente vinculada al mismo. Por esta misma razón, también resulta excesivo que el estado de necesidad exculpante no se limite a la salvación de bienes personalísimos, sino que se admita en toda clase de bienes, a condición sólo de que sea igual, y no menor, que el lesionado. Carece de fundamento que se admita la exculpación automática en todos los casos en que alguien priva a otro de un bien para no perder otro de igual valor. Considérese el ejemplo siguiente: Ante la fuerte tormenta alguien toma el paraguas de otra persona en lugar del suyo con el sólo objeto de evitar que el suyo, de igual valor, se estropee. No estando justificada la conducta por razón de la importancia cuantitativa del bien salvado, sólo merece quedar impune cuando exigir evitarla al sujeto supondría pretender de él una conducta heroica, y ello sólo sucede cuando peligran bienes personalísimos.

28 En cambio, resulta insuficiente limitar el estado de necesidad exculpante a los casos en que se salva un bien igual y no inferior al que se sacrifica. La situación de conflicto motivacional puede concurrir también en el sujeto aunque lesione un bien superior, y para la exclusión de la imputación personal lo único decisivo es la presencia efectiva de la anormalidad motivacional, no la comparación objetiva de bienes, que sólo importa para la justificación.

29 4. La única manera de evitar tan graves inconvenientes es empezar por desistir del empeño de cobijar en el art. 20, 5º tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante, y a continuación **limitar el alcance de aquel precepto al estado de necesidad justificante**, **entendido en un sentido más restringido** que el usual en nuestro país. **El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable (art. 20, 6º CP) y, en lo que pueda resultar insuficiente, por una eximente analógica**.[21] A continuación desarrollaré este planteamiento.

---

repentina, toma el paraguas de un albañil cuyas ropas tienen un valor inferior a las suyas (ej. de Welzel contemplado por Antón Oneca, PG, p. 266 y Córdoba, Comentarios, I, p. 288), y la extracción de un órgano no vital de quien no consiente en ello, con objeto de salvar la vida de otra persona (cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 559; Bajo, ADPCP 1979, pp. 495 ss.).

21. Defiende en nuestro país la concepción según la cual el anterior art. 8, 7º CP (hoy art. 20, 5º) contempla sólo una causa de justificación, Gimbernat, Estudios, pp. 164 ss., seguido por Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 243 s. Mas la construcción que se propone en el texto diverge en dos sentidos de este sector doctrinal. Por una parte, no me opongo a la teoría de la diferenciación tal como se defiende en Alemania, en cuyo CP hoy se halla acogida expresamente, ni tampoco discuto la

30 a) En primer lugar hay que reconocer que el art. 20, 5º CP no puede regular a la vez supuestos de naturaleza tan distinta como el estado de necesidad justificante y el exculpante. Lo indica ya el hecho de que **el art. 20, 5º prevé un solo tratamiento** para todos los supuestos a que alcanza, en abierta contradicción con el planteamiento diferenciador que requeriría si diese cabida a instituciones tan diversas. La admisión ilimitada del *auxilio necesario* de terceros, la no limitación de los bienes tutelados a los de carácter personalísimo y la exigencia de una comparación objetiva del valor de los males en juego ponen de manifiesto que **la eximente 5ª sólo resulta adecuada para el estado de necesidad justificante**.

31 b) En segundo lugar, **hay que restringir el alcance del art. 20, 5º CP y del estado de necesidad justificante** a que aquel precepto debe concretarse. No resulta admisible que pueda quedar sin más exenta (justificada) con arreglo al art. 20, 5º, *toda* lesión de un bien para salvar otro de igual o de poco mayor valor. Contra lo que entiende la doctrina dominante, a ello no obliga la redacción del art. 20, 5º, pues, como ha advertido Córdoba, la misma no se refiere a que el *bien* salvado sea igual o mayor que el sacrificio, sino a «que el *mal* causado no sea mayor que **el que** se trate de evitar», lo cual impone una comparación de *males* y no de bienes, comparación que puede dar distinto resultado. Este planteamiento, que se desarrollará más adelante, al examinar el requisito primero de la circunstancia quinta del art. 20, conducirá a la conclusión de que este precepto sólo ampara los supuestos en que el bien salvado posea un valor *esencialmente* superior al que se sacrifica, salvo cuando el mal que amenaza constituye una conducta penalmente típica.[22]

III. Elementos

32 La eximente de estado de necesidad regulada en el art. 20, 5º será analizada tomando como base los elementos que expresa la redacción legal. Siguiendo también el orden de la ley, puede sistematizarse la materia en torno a los cuatro extremos siguientes: 1) el estado de necesidad; 2) que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 3) la no provocación de la situación de necesidad; 4) la falta de obligación de sacrificarse el necesitado.

---

posibilidad de sostener esta teoría en nuestro país. Gimbernat dirige en cambio sus ataques a la teoría de la diferenciación y sostiene que todo estado de necesidad es causa de justificación. Frente a esto, en el texto se admite la existencia del estado de necesidad exculpante fuera del art. 20, 5º, en principio cobijado en el miedo insuperable del art. 20, 6º CP. Por otra parte, que yo considere causa de justificación la prevista en el art. 20, 5º no supone que estime merecedora de justificación, sin más, toda lesión de un bien para salvar otro de igual o poco mayor valor; en principio este supuesto ha de conducir en su caso a la presencia de un estado de necesidad exculpante comprendido en la eximente de miedo insuperable o en una analógica: cfr. Mir Puig, Adiciones, pp. 506 s. y Libro-Homenaje a Pérez-Vitoria, I, pp. 506 ss.

22. Acoge este planteamiento Silva, ADPCP 1982, p. 664. Es próxima también la posición de Roldán, CPC 1983, que acepta tanto la naturaleza justificante del estado de necesidad del anterior art. 8, 7º (actual art. 20, 5º) (pp. 525 ss., 537 s.), como su restricción excluyendo que se aplique automáticamente en base a la sola comparación de bienes (pp. 504 ss.) y, por último, la necesidad de reinterpretar en consecuencia, desde una amplia ponderación de intereses, la eximente de miedo insuperable —que ve similar al anterior § 54 StGB alemán— (p. 513).

1. *El estado de necesidad*

33 El art. 20, 5º empieza diciendo que está exento de responsabilidad criminal «el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurran los requisitos siguientes...» Antes, pues, de estos «requisitos siguientes» tiene que concurrir «un estado de necesidad» en el que actúe el sujeto. Como se ve, la ley no define dicho estado de necesidad, aunque contiene referencias que ayudan a *precisar* su concepto. Habrá que partir, pues, del concepto previo de estado de necesidad que se examinó en el apartado I de este Capítulo y concretarlo a la vista del encabezamiento del art. 20, 5º. Así, si el estado de necesidad se definió como un «estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no dé lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber», el art. 20, 5º exige precisar que: A) el peligro se refiera a un «mal propio o ajeno»; B) la acción interpuesta como único modo de evitar aquel peligro «lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber»; y C) el sujeto actúe «en» el estado de necesidad. Estas tres exigencias legales servirán de ejes sistemáticos de la exposición que sigue.[23]

A) *Peligro de un mal propio o ajeno*

34 Para que exista «un estado de necesidad» en el sentido del encabezamiento del art. 20, 5º —o sea: como primer elemento de la eximente— tiene que concurrir ante todo un peligro de un mal propio o ajeno. Este presupuesto ocupa aquí el lugar fundamental que desempeña la agresión ilegítima en la legítima defensa; sin dicha base no cabe hablar de estado de necesidad completo *ni incompleto* (sin ella no cabe ni siquiera la *eximente incompleta* del art. 21, 1ª). Cabe distinguir tres aspectos: a) **el peligro**, que ha de ser *inminente y actual*; b) que dicho peligro sea de **un mal**; c) que este mal sea **propio o ajeno**.

35 a) **El peligro**.— Peligro significa algo más que posibilidad. No basta la sola posibilidad de un mal, sino que tiene que existir una *probabilidad inminente.*[24]

36 La STS 29 sep. 78 requiere una «necesidad momentánea e imperiosa», y la de 14 febr. 78 una «necesidad aguda e inaplazable». La STS 5 dic. 94 distingue entre peligro inminente y «simplemente probable», considerando bastante éste último si la situación de necesidad es

---

23. Cfr. una sistemática parecida en Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 272 ss. Para doctrina general sobre el estado de necesidad vid. STS 9 dic. 85

24. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 275. Ver SSTS 365/2005, 28 de mar., 340/2005, 8 de mar., 722/2003, 12 de may., 1125/2001, 14 de jun., 71/2000 de 24 en., 1352/2000 de 24 jul., 1652/2000 de 30 oct., 1964/2000 de 15 dic., 1998/2000 de 28 dic., 159/2002 de 8 febr., 233/2002 de 15 febr., 640/2002 de 22 abr., 888/2002 de 14 mayo, 1125/2002 de 14 jun., 156/2003 de 10 febr., 924/2003 de 23 jun., 186/2005 de 10 febr. y 933/2007 de 8 nov.

«acuciante y grave». La inminencia concretaría la exigencia de **actualidad** del peligro que requerimos en la definición general de estado de necesidad. Supone tanto que el peligro no debe hallarse demasiado alejado aún, como que no debe haberse producido ya la lesión —puesto que en este caso ya ha desaparecido el peligro.

37 Para decidir si concurre la probabilidad inminente, el juez debe retrotraerse al *momento en que actuó* el agente *(ex ante)* y enjuiciar la situación según lo haría una *persona prudente* con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente (como se hace en la teoría de la adecuación en materia de imputación objetiva del resultado). El *error* (el sujeto cree que existe un peligro inminente cuando el hombre medio, según lo dicho, no lo creería) puede fundar un *estado de necesidad putativo* (*vid*. *infra* IV).

38 El TS ha denegado el estado de necesidad alegando falta de inminencia del peligro en casos de **«estrechez o angustia económica»** (así SSTS 1998/2000 de 28 dic., 640/2002 de 22 abr. y 933/2007 de 8 nov.), entendiendo que sería preciso un peligro inminente para la vida (SSTS 365/2005, 28 de mar., 1726/1999, 10 de dic.). La STS 2 jul. 79 considera, en cambio, que no es necesario «que el necesitado se halle al borde de la extenuación o de perecer por inanición», sino que basta exigir «que no se trate de carencias leves o de privación de lo superfluo, sino de indigencia, o de falta prolongada y total de medios de subsistencia". En realidad, la solución de estos casos depende de cuál es el *mal* que se considera que puede evitarse en estado de necesidad: la jurisprudencia ha exigido tradicionalmente que sólo la *muerte* por inanición es un mal suficiente, y por ello exigía el peligro inminente de su producción; pero si se reputa suficiente «mal» *el hambre o la indigencia* en sí mismas, entonces es evidente la concurrencia del peligro inminente. El problema debe trasladarse, por tanto, al apartado correspondiente al concepto del «mal» que amenaza. Es el que sigue a continuación (b).

39 Aunque la existencia de una situación de peligro es presupuesto fundamental del estado de necesidad, la jurisprudencia ha admitido la **eximente incompleta** en casos en que afirma la *falta de inminencia* de peligro. Sucede esto en supuestos de estrechez económica (SSTS 615/1998, 14 de dic., 43/1998, 23 de en.). Otra dirección jurisprudencial no admite, en cambio, la eximente incompleta.[25]

40 b) **El concepto de «mal»**.— La precisión del concepto de «mal» aconseja plantear las siguientes cuestiones, contempladas por nuestra doctrina:

41 1º) ¿Es «mal» todo aquello que lo sea «naturalísticamente» o sólo lo que lo sea según valoraciones sociales? En el primer sentido sería «mal» todo aquello que daña, causa un resultado materialmente lesivo, aunque la sociedad lo valore positivamente, mientras que en el segundo sentido no importaría aquel mal material, sino sólo lo que la sociedad valore negativamente.[26] Me parece innegable que el concepto de «mal» es esencialmente valorativo. No existe ninguna lesión material que pueda considerarse como «mal» desde el punto de vista naturalístico. Tanto el «mal» como el «bien» presuponen necesariamente una valoración que hace el hombre. La cuestión es, entonces, no si el concepto de «mal» es valorativo, sino *qué valoración* debe decidir si algo constituye un «mal», ¿la valoración del sujeto afectado, las valoraciones sociales, dominantes o no, la valoración jurídica?

25. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 276.

26. En el primer sentido Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 311; en el segundo, Córdoba, Comentarios, I, p. 277.

42 2º) La doctrina y la jurisprudencia entienden que no hay que atender a la valoración *individual* del sujeto. Así, no bastaría para fundar el estado de necesidad el hecho de que la madre, nuevamente embarazada, se represente el nacimiento de un nuevo hijo como un grave mal y acuda a la comadrona para que le provoque el aborto.[27] Hay que atender a una valoración más objetiva. Pero, ¿es preciso que sea *el Derecho* el que desvalore? Algún autor entiende incluso que sólo será un «mal» relevante para el estado de necesidad un *mal penalmente típico*, la lesión de un bien jurídico penalmente protegido. Argumenta diciendo que el mal causado en estado de necesidad, que no debe ser más grave que el que trate de evitarse, tiene que ser penalmente típico a la fuerza —de otro modo no sería precisa la justificación—, por lo que siempre sería más grave que un mal no previsto por la ley penal.[28] La posición contraria defiende, en cambio, la posibilidad del estado de necesidad para evitar un mal que no suponga ningún resultado penalmente típico.[29] Se alega en este sentido la STS 18 dic. 63, que admitió que el mal que se trataba de evitar eran los fuertes *dolores* causados por una enfermedad cancerosa; dichos dolores no constituirían ningún resultado penalmente típico. En el mismo sentido se indica la STS de 3 mayo 74, que considera «mal» a los trastornos provocados por la crisis de abstinencia en casos de drogadicción.[30] Me inclino por no descartar la posibilidad de que un mal no previsto como resultado típico pueda ser tanto o más grave que un resultado típico, y ello sería suficiente para admitir el estado de necesidad. Pero, como se ve, todo depende de si en estos casos el mal causado es o no necesariamente mayor que el que se trata de evitar, y ésta es una cuestión que afecta a este otro requisito de la eximente.

43 3º) Si es discutible que el mal a evitar se halle previsto por la ley penal, es seguro que la conducta que produzca dicho «mal» *no ha de valorarse positivamente por el Derecho*»: no cabe estado de necesidad *justificante* (art. 20, 5º) para evitar un mal cuya producción la ley valora positivamente.[31] Así, no puede alegar estado de necesidad el condenado a prisión que se evade: aunque el encierro constituya un mal, para el Derecho tiene un significado positivo de realización del mismo.[32] Tampoco cabría estado de necesidad justificante (art. 20, 5º) para el agresor frente a la legítima defensa. Sin embargo, en caso de conflicto de males iguales sí puede admitirse estado de necesidad justificante frente a quien también actúa en estado de necesidad justificante, porque en este caso el Derecho no puede valorar más positivamente la producción de ninguno de los dos males que amenazan (son iguales).[33]

44 Esto se argumenta por un sector de la doctrina alegando que el estado de necesidad de bienes iguales supone la *no prohibición* de la conducta, pero no la valoración *positiva* del

---

27. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 277. Tampoco basta la representación subjetiva de un mal para dar lugar al estado de necesidad putativo, pues éste exige que el sujeto crea erróneamente que concurre un mal objetivamente tal, cosa que no sucede cuando el sujeto es consciente de que su valoración de algo como mal no se halla compartida por la sociedad o el Derecho. De ahí que fuera insuficiente la fundamentación de la famosa sentencia de la Audiencia de Bilbao de 24 mar. 82; cfr. Mir Puig, Aborto, p. 108.

28. Cfr. Luzón Peña, Legítima defensa, p. 530.; el mismo, Estado de necesidad e intervención médica, pp. 70 ss.

29. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 276. En contra Cerezo, La regulación, p. 59, alegando la STS 3 mayo 82.

30. Cfr. Silva, Estado de necesidad (tesina), p. 69.

31. Silva, ADPCP 1982, pp. 668 s. lo expresa diciendo que el concepto de mal amenazante ha de verse como jurídico-social: no basta ni el punto de vista jurídico (no es preciso el carácter típico del mal) ni el social (no puede consistir en un «mal» valorado positivamente por el Derecho).

32. Cfr. Jiménez de Asúa, Estado de necesidad, p. 69; Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 277.

33. No admite que pueda considerarse un «mal» la lesión de un bien jurídico justificada Cerezo, La regulación, p. 60.

resultado lesivo que causa. Por ello, si el art. 20, 5º se refiere a un «mal», la lesión amparada por estado de necesidad de bienes iguales no deja de ser «mal» pese a la justificación de la conducta. Y sí sigue siendo un «mal», otro sujeto podría actuar también en estado de necesidad para evitar ese «mal», puesto que el mal que causa no es mayor.[34] Justificación de la conducta no significaría, pues, necesariamente exclusión del «mal», para esto sería preciso además una valoración positiva del hecho, y no sólo la no prohibición de la conducta. Esta valoración positiva se daría en la legítima defensa o en el cumplimiento de un deber, pero no en el estado de necesidad de bienes iguales.

45 No se trata a mi juicio, de que en el cumplimiento de un deber o en la legítima defensa la actuación haga desaparecer el «mal» que causa y que, en cambio, en el estado de necesidad entre males iguales subsista el «mal». *Ninguna* causa de justificación puede hacer desaparecer la lesión del bien jurídico (o sea: el «mal») que ampara. Por otra parte, nadie negará que el estado de necesidad que justifica una lesión esencialmente *menor* que el mal que evita debe valorarse positivamente por el Derecho, porque éste *prefiere* la lesión producida; y, sin embargo, también en este caso se refiere el art. 20, 5º al «*mal* causado». Que la legítima defensa no deba caber en la palabra «mal» del art. 20, 5º y sí, por el contrario, el estado de necesidad entre males iguales, no resulta fundado. En ambos supuestos, igual como en el estado de necesidad entre males esencialmente desiguales, se produce un «mal» en el sentido del art. 20, 5º (lesión de un bien jurídico). Lo que sucede es que en la legítima defensa, en el cumplimiento de un deber o en el estado de necesidad entre males esencialmente desiguales, el «mal causado» siempre deberá considerarse menor que «el que se trataba de evitar»: por eso no cabe oponer frente a dichas eximentes el estado de necesidad. En cambio, en el estado de necesidad de males iguales cualquiera de ambos amenazados puede lesionar al otro porque el «mal que cause» no será mayor que el que evitará. Que en el primer caso la conducta que produce el «mal» se valore *positivamente* por el Derecho no significa, pues, que *desaparezca* el mal de la lesión del bien jurídico.

46 4º) Si el «mal» que amenaza constituye un hecho típicamente antijurídico, será una *agresión ilegítima* frente a la cual no procede la aplicación del estado de necesidad, sino de la *legítima defensa*. De ahí que la discusión antes examinada en el número 2º) acerca de si el «mal» amenazante debe o no ser penalmente típico, se plantea en el sentido de si es preciso un resultado previsto por la ley penal. Si se trata de una conducta típica, queda desplazado el estado de necesidad *frente a ella* por ser preferente la aplicación de la legítima defensa.

47 Ello no se opone, sin embargo, a la posibilidad del estado de necesidad motivado por una agresión ilegítima, cuando la *defensa recae sobre un tercero*. Lo que no cabe es estado de necesidad *frente* a la agresión ilegítima.

48 c) **El carácter «propio» o «ajeno» del «mal»**.— El «mal» que amenaza puede ser *«propio o ajeno»*. Cuando es «ajeno» aparece la figura del **auxilio necesario** y se plantea la posibilidad de la **colisión de deberes**.[35]

49 aa) El **auxilio necesario** se da cuando alguien resuelve una situación de necesidad de otra persona lesionando un bien jurídico ajeno: en lugar de actuar el necesitado, lo hace un tercero que le ayuda.

---

34. Así Gimbernat, Estudios, p. 167 ss., e Introducción, p. 63; Luzón Peña, Legítima defensa, p. 250.

35. También se hace necesario distinguir entre facultades y deberes de auxilio ajeno, vid., Baldó, Estado de necesidad, Cap. III.

Ejemplo: Como último recurso, el médico toma un vehículo ajeno para trasladar con urgencia al hospital a un herido muy grave. El art. 20, 5º CP admite el auxilio necesario sin limitación de las personas que pueden ejercerlo; no exige que el auxiliador sea un pariente o persona vinculada al necesitado.[36] **50**

Ya vimos que esta falta de limitación del auxilio necesario proporciona un argumento importante en favor de la concepción del art. 20, 5º CP como restringido al estado de necesidad justificante (*vid. supra*, II 4). Una consecuencia que se sigue de la ilimitada admisión del auxilio necesario es que con mayor motivo deberá quedar impune el tercero que se limita a *participar* (induciendo o cooperando) en la acción necesaria del afectado: Una consecuencia sólo explicable también si se concibe el art. 20, 5º como causa de justificación.[37] Desde esta concepción ello resulta coherente con el *principio de la accesoriedad limitada de la participación*. Como según este principio la participación requiere un hecho antijurídico del autor, otra consecuencia será que quedarán también justificados los partícipes del auxiliador necesario —pues éste actúa justificadamente. **51**

bb) Cuando se trata de evitar un «mal ajeno» puede surgir la figura de la **colisión de deberes**. Ello sucede cuando existe deber de evitar dicho mal y, para cumplir con aquél, sólo cabe infringir otro deber. La colisión de deberes puede producirse en supuestos de auxilio necesario. *Ejemplo*: Para asistir a un accidentado frente al cual hay deber de socorro (art. 195 CP), alguien infringe un deber de obediencia a un superior jerárquico (art. 410 CP). A veces se piensa también en los casos en que para salvar a una persona hay que lesionar a otra, en donde concurriría un conflicto del deber de socorro con el deber de no lesionar la vida o la integridad de otro. Sin embargo, es discutible que en tales casos exista deber jurídico de socorro, pues no cabe derivar dicho deber del art. 195 CP, que exige para el delito de omisión de socorro que no hubiere riesgo propio *ni de tercero*.[38] **52**

La redacción legal exige para la colisión de deberes que tenga lugar para evitar un «mal ajeno». No parecen imaginables casos de conflictos de deberes en que uno de ellos tienda a evitar un «mal propio»: yo no tengo «deber» jurídico de evitar un «mal propio», sino sólo, en su caso, la *facultad* de hacerlo en estado de necesidad. Pero: ¿Cuál es el alcance exacto de la expresión «mal ajeno»? Puede entenderse como «mal de *otra persona*», y entonces sólo permitirá la colisión de deberes en casos de auxilio necesario de otro. Según esta interpretación, el art. 20, 5º no ampararía los casos de colisión de deberes en que se tratase de cumplir un deber cuya infracción hubiera de reportar sólo un *mal impersonal*, como, por ejemplo, una perturbación del orden público. Si, en cambio, se interpreta la expresión legal «mal ajeno» en el sentido más amplio de «mal *no propio*»,[39] el art. 20, 5º abarcará a todos los supuestos en que se trata de evitar la infracción de un deber, puesto que esta infracción siempre será **53**

36. Admiten con carácter general el auxilio necesario; Rodríguez Devesa, PG pp. 556 s.; Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 285 s.; Silva, ADPCP 1982, p. 670. Restrictivamente, en cambio, en el estado de necesidad de males iguales (al que considera sólo exculpante), Antón Oneca, PG, p. 272.

37. Así Gimbernat, Estudios, pp. 158 ss.

38. Sobre las cláusulas «sin riesgo propio o ajeno», vid. Baldó, Estado de necesidad, Caps. III y V.

39. A favor de esta interpretación Silva, ADPCP 1982, p. 671.

un «mal no propio». Creo preferible por razones político-criminales esta segunda interpretación amplia.[40]

54 La cuestión es importante no sólo para la colisión de deberes, sino, sobre todo, para las demás modalidades de estado de necesidad. Los casos de colisión de deberes en que no se trate de evitar un mal *de otra persona* siempre cabrían en la eximente de cumplimiento de un deber (art. 20, 7º CP). Pero si se entiende en el sentido individualista restringido la expresión «mal ajeno», no cabrá eximir conductas que causen algún mal penalmente relevante como único modo de evitar un mal no personal de importancia superior. Esto originaría lagunas insatisfactorias: no parece admisible que deba castigarse a quien evita un mal mayor que el que produce. Piénsese en el *ejemplo* de quien para evitar un grave desorden público tiene que cometer un delito leve de coacciones en la persona del alborotador. Pero piénsese también en los casos extremos en que se halla en juego el destino del Estado, sea por causa de peligros extremos o procedentes de los mismos titulares del poder (los casos de «estado de necesidad del Estado» y del «derecho de resistencia»). En casos como éste tradicionalmente no ha cabido estimar legítima defensa, porque hasta la reforma de 1983 ésta se hallaba reservada a la defensa propia, de un pariente o de un extraño. Puede ser razonable negar las amplias facultades de la legítima defensa en estos casos. Pero *ha de haber algún mecanismo en el ordenamiento jurídico que impida que en casos como los contemplados resulte castigado quien no causa un mal mayor que el que evita*. Este mecanismo puede ofrecerlo el estado de necesidad, si se interpreta ampliamente la expresión del art. 20, 5º «mal ajeno». La solución me parece adecuada porque esta interpretación amplia no impide que al comprobarse si el mal impersonal evitado es igual o menor que el causado se tenga en cuenta, para valorar éste, el factor de perturbación social que representa la intervención de un particular en lugar de los órganos públicos normalmente competentes.[41] Ello puede exigir que sólo en casos graves se permita actuar en estado de necesidad para salvar intereses colectivos. Pero negar absolutamente incluso esta posibilidad conduciría a castigar conductas socialmente positivas.

B) *Necesidad de lesionar un bien jurídico de otra persona o de infringir un deber*

55 Para que concurra un estado de necesidad es preciso **que no haya un modo menos lesivo** de evitar el mal que amenaza (STS 3 abr. 78). Esto es lo que se quiere expresar cuando se exige el *carácter necesario* o la *necesidad* de la acción lesiva realizada. Se trata de un requisito no explicitado literalmente por el art. 20, 5º, pero inherente al concepto legal de «estado de necesidad» y que el TS exige como fundamental. La ley sí se refiere, en cambio, a que la acción salvadora «lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber». Por guardar estrecha relación con el apartado anterior, trataré en primer lugar de esta expresión.

---

40. El estado de necesidad para salvar bienes colectivos, admitido por la doctrina alemana (así, p. ej., Maurach/Zipf, AT § 27 III 42.; Jescheck, Tratado, pp. 464, 492), se acepta en nuestro país por Luzón Peña, Legítima defensa, p. 171; Rodríguez Devesa, PG p. 556, y Silva, ADPCP 1982, pp. 670 s.

41. Apela a un argumento próximo a favor de la solución de admitir en estos casos estado de necesidad y no legítima defensa Jescheck, Tratado, p. 464.

a) *La lesión de un bien jurídico de otra persona o infracción de un deber*

56 La actual redacción del art. 20, 5º procede en este punto del Código de 1932. Anteriormente, el CP 1870 sólo permitía el estado de necesidad que lesionara la *propiedad ajena*, y el CP 1928 aludía a que el hecho «produzca daño en la *propiedad o derechos* ajenos». No se mencionaba la infracción de un deber, porque en el art. 8, 13º CP 1870 y en el art. 61, 3º CP 1928 se preveía especialmente una eximente para «el que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima e insuperable». Este origen histórico ha hecho pensar que la «infracción de un deber» sólo se refiere a los supuestos de *omisión*, en los cuales se infringe un deber de actuar.[42] Pero tal interpretación no resulta obligada, como veremos a continuación.

57 La fórmula legal resulta de la *máxima amplitud*. En primer lugar, **no limita los bienes jurídicos** de otra persona que pueden lesionarse, y sólo hará falta que su lesión constituya un hecho previsto en algún precepto penal, pues de otro modo no sería precisa la eximente. En segundo lugar, **tampoco se limitan los deberes** que pueden infringirse. Aunque el origen histórico de la fórmula actual pudiera sugerir que el legislador pensó en los **deberes de actuar** y en su infracción mediante una omisión, lo cierto es que ello no encontró reflejo en el texto de la ley. Éste permite también su aplicación a los casos de infracción de **deberes de omitir**. Y dentro de éstos tienen cabida los casos de lesiones de bienes, y por tanto también los bienes no personales, en cuanto en estos casos se infringe el deber de omitir la lesión. La fórmula del art. 20, 5º da entrada, pues, no sólo a la lesión de un bien *de otra persona*, sino también a la lesión de un **bien no personal** a través de la infracción de un deber de omitirla,[43] además, claro está, de la infracción de un deber de actuar o de otros deberes de omitir.

58 *Ejemplos:* Se infringe un deber de actuar cuando se desobedece una orden vinculante (art. 410 CP) para evitar un grave mal propio. Se infringe un deber de omitir que determina la lesión de un bien supraindividual (la seguridad del tráfico) cuando se conduce temerariamente según lo previsto en el art. 381 CP para salvar un herido muy grave.

59 Puesta en relación con lo dicho en el apartado anterior sobre la noción amplia de «mal ajeno», la fórmula analizada permite, como se ve, **todas las combinaciones de colisiones de deberes**: colisiones de deber de actuar, de omitir o mixtas. Cuando para evitar la infracción de un deber hay que lesionar un bien jurídico, según la doctrina debe plantearse el caso como de colisión de aquel deber con el deber de omitir la lesión (no del deber con la lesión, términos heterogéneos). De ahí, pues, que la expresión legal «o infrinja un deber» deba dar cabida en tales casos a lesiones de bienes jurídicos «de otra persona» —pese a estar previstas éstas expresamente en la primera parte de la alternativa legal estudiada.

42. Así Cuello Calón, PG, p. 414. Cfr. sobre esta problemática Silva, ADPCP 1982, p. 676.
43. Así Silva, ADPCP 1982, pp. 676, 678.

b) *La necesidad (carácter absoluto)*

60 El TS designa con la expresión **«carácter absoluto»** la exigencia de que la lesión o infracción realizadas fueran la vía menos lesiva para evitar el mal amenazante (SSTS 640/2002 de 22 abr. y 156/2003 de 10 febr.). A menudo se dice que la acción realizada debe constituir el *único medio* para evitar el mal, pero ello debe entenderse en el sentido expresado de que sea el *medio menos lesivo*, porque evidentemente el estado de necesidad no dejará de eximir por el hecho de que existan otros medios más lesivos. Se trata del mismo principio que requería la necesidad de la defensa para la legítima defensa: el **principio de necesidad** de la acción realizada. Todo lo dicho en materia de legítima defensa sobre este elemento es aplicable al estado de necesidad —salvo, por supuesto, que aquí no es nunca suficiente si no va acompañado de la exigencia de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

61 Así, debe distinguirse también para el estado de necesidad entre **«necesidad abstracta»** y **«necesidad concreta»**. La primera faltará si no hay necesidad de *ninguna* acción salvadora, y la segunda si existe dicha necesidad pero podía haberse empleado un medio menos lesivo. La estimación de la **eximente incompleta** no cabrá si falta la necesidad abstracta, pero deberá considerarse si sólo falta la necesidad concreta.

62 Puede discutirse si existe la necesidad abstracta cuando puede evitarse toda lesión típica huyendo, esquivando, acudiendo a la ayuda estatal o de terceros. Si se admite la necesidad abstracta en estos casos, por entender que de todos modos hay necesidad de hacer *algo* —aunque sea huir, etc.—, el no usar de los medios no lesivos se considerará un caso en que sólo falta la necesidad concreta (y cabe la eximente incompleta). En cualquier caso, no se discute que tales medios impiden la exención total, pues se entiende que el estado de necesidad es *subsidiario* de los mismos **(carácter subsidiario) —**mientras que este carácter se discute respecto a la legítima defensa (sobre todo suele negarse que ante una agresión ilegítima sea exigible la huida).[44]

63 También, como en la legítima defensa, debe valorarse la necesidad o no del hecho no en abstracto, sino en la concreta situación en que se produjo el hecho según el juicio de una persona prudente situada *ex ante* con todos los condicionamientos circunstanciales.[45] En el estado de necesidad puede a veces exigirse mayor frialdad al sujeto que en la legítima defensa, puesto que en ocasiones el peligro se prolonga durante el tiempo sin que se produzca una necesidad evidente de respuesta inmediata como suele suceder ante una agresión. Es lo que sucede en las llamadas «situaciones de estrechez». El TS requiere que el

---

44. Cfr. Luzón, Lecciones, pp. 427 s., 405 s., 411 s., que afirma el carácter subsidiario del estado de necesidad y lo niega para la legítima defensa. Sobre todas estas cuestiones, vid. Baldó, Estado de necesidad, pp. 149 ss.

45. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 280, refiriéndose a las SSTS 10 febr. 41 y 18 dic. 63.

sujeto «antes de violar el derecho ajeno haya procurado por todos los medios a su alcance remediar sus males» (SSTS 1125/2002, 14 de jun., 71/2000, 24 de en., 1403/1999, 1 de oct.).

C) *El elemento subjetivo*

a) El anterior art. 8, 7º CP exigía que el sujeto actuase «*impulsado* por un estado de necesidad» para evitar el mal que amenaza. Era evidente que ello venía a exigir un **elemento subjetivo de justificación** en esta eximente. La nueva redacción de 1995 ha suprimido la expresión «impulsado por» y la ha sustituido por la preposición «en». Tal vez se pretenda con ello objetivar en mayor medida la eximente. Pero sigue siendo perfectamente posible seguir exigiendo el conocimiento del estado de necesidad, si se entiende, por razones dogmáticas, que el elemento subjetivo de justificación es necesario en general para que desaparezca por completo el desvalor del hecho típico (ver *supra*, Lec. 16, I 4 B). La nueva redacción viene a confirmar, no obstante, que *no* es preciso que el estado de necesidad constituya el *único* motivo del hecho, sino que puede coexistir con otras motivaciones, incluso ilegítimas.[46] También, que *tampoco* es necesario que suponga un *conflicto psicológico* que prive al autor de una decisión fría: no se trata de una causa de exculpación, sino de justificación, en que puede concurrir una ponderación objetiva y lúcida de los hechos. Para el problema que plantea la falta de concurrencia de este requisito cfr. *supra*, Lección 16, I 4 B. **64**

b) La necesidad de que el sujeto conozca el estado de necesidad no excluye la posibilidad de apreciar la eximente **en los hechos imprudentes**. **65**

Ejemplo: Para procurar asistencia a un herido grave de carretera, alguien lo conduce al hospital a velocidad excesiva, causando lesiones graves a un peatón. **66**

Esta posibilidad, reconocida mayoritariamente por la doctrina alemana,[47] se había rechazado, sin embargo, por la Jurisprudencia del TS cuando la ley exigía que el sujeto actuase «impulsado por» el estado de necesidad. Pero, como señaló Córdoba,[48] la imprudencia no excluye la voluntad referida a la *conducta* imprudente y ésta podrá realizarla el autor *impulsado* por un estado de necesidad y **67**

46. No será posible ahora excluir la eximente por concurrir en el agente un móvil de lucro económico, como sin embargo hizo la STS 5 dic. 94. En este mismo sentido SSTS 1125/2002, 14 de jun., 71/2000, 24 de en., 1352/2000 de 24 jul., 1964/2000 de 15 dic. y 1125/2002 de 14 jun.

47. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 811, 812 s.

48. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 284. De acuerdo Silva, pp. 678 s., que incluye estos casos en la expresión del art. 20, 5º, «infringe un deber» (de cuidado), a cuya infracción refiere el requisito subjetivo que exige dicho precepto.

para evitar un mal propio o ajeno. Ya antes cabía, pues, que el estado de necesidad cubriese la acción imprudente (por ejemplo, conducir demasiado deprisa). Con mayor razón ahora que ya no se requiere que el autor actúe «impulsado por» el estado de necesidad, sino sólo que la actuación tenga lugar «en un estado de necesidad». Y si esta acción está *permitida* por el estado de necesidad, el resultado de dicha acción lícita no podrá tampoco castigarse (resultado de acto lícito). Se trata de una manifestación particular de *riesgo permitido*: si está permitido el riesgo, no puede castigarse si el riesgo produce un resultado lesivo.

2. *«Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar»*

68 A) Este requisito expresa una *versión muy estricta del* ***principio de proporcionalidad*** como límite característico del estado de necesidad. La interpretación tradicional entiende que se trata de comparar los *bienes* jurídicos en conflicto, de modo que no sea más importante el lesionado. Ya se anunció al contemplar el fundamento de la eximente que tal planteamiento conduce a consecuencias político-criminales inadmisibles. La redacción legal, sin embargo, no obliga, sino al contrario, a dicho planteamiento. La ley no compara «bienes», sino «*males*», y en la gravedad del «mal» no sólo influye el valor del «bien» típico lesionado, sino también la *forma* en que se lesiona. Una lesión producida por la Naturaleza no permite más valoración que la del bien típico lesionado, por lo que la gravedad del «mal» es aquí igual a la importancia de dicho «bien». Pero el «mal» causado al lesionar un bien jurídico penalmente protegido supone no sólo el menoscabo de un bien, sino *además* una perturbación del orden jurídico y, siendo individual el bien, una injerencia anormal en la esfera del lesionado.[49] De ello cabe deducir que el «mal» causado por la acción realizada en estado de necesidad *necesariamente* deberá ser mayor que la lesión del bien típico que supone. Se alcanza por esta vía una conclusión importante, que modifica la interpretación tradicional y afecta en particular al supuesto de igualdad de males: si el «mal» ha de ser siempre mayor que la lesión del bien típico que implica, la igualdad *entre los bienes* en conflicto no bastará para que se dé la igualdad *de males* que requiere la ley; *cuando en situación de necesidad se lesione un bien típico igual que el que salva, podrá ser mayor el mal causado (porque éste encierra la perturbación inherente a la realización del hecho típico) que el evitado (que generalmente sólo consistirá en la lesión del bien impedida)*. Por lo mismo, tampoco bastará la superioridad

49. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 288. Le sigue Bajo Fernández, ADPCP, 1979, pp. 495 s. De acuerdo Roldán Barbero, CPC, 1983, p. 504; Luzón, Lecciones, p. 428. Admiten también en definitiva que no basta comparar los bienes en conflicto: Cobo/Vives, PG, p. 482; Carbonell Mateu, Justificación, p. 59. En contra de tomar en consideración la «perturbación del orden jurídico» Cuerda, Colisión de deberes, pp. 251 s. Alude, en cambio, a la vulneración de la «paz social» la STS 25 nov. 85.

del bien típico salvado, salvo que sea lo *suficientemente amplia* como para compensar el plus representado por la perturbación que supone el hecho realizado en estado de necesidad.

69 Este planteamiento no excluye, sin embargo, que *pueda* resultar aplicable el art. 20, 5º (estado de necesidad justificante) en caso de conflicto de bienes iguales. Puede suceder que el peligro que se trata de evitar lo sea también de una perturbación del orden jurídico. Así, sucede en el ejemplo clásico de los dos náufragos que luchan a muerte por conseguir la tabla de salvación (caso de la **tabla de Carnéades**). Aquí el mal que se trata de evitar implica la misma perturbación del orden jurídico que la lesión que se pretende producir. La solución sería distinta si uno de los náufragos estuviera previamente asido a la tabla y el otro pretendiera arrebatársela: éste segundo no puede hacerlo con arreglo al art. 20, 5º (justificadamente), sino a lo sumo amparado por una eximente como la de miedo insuperable (art. 20, 6º CP), que excluyese sólo la imputación personal.

70 Por esta vía también puede admitirse el estado de necesidad justificante del art. 20, 5º aunque el bien salvado *no sea mayor* que el lesionado cuando el peligro que da lugar a la situación de necesidad proceda de la persona o cosa a la que se lesiona defensivamente (el llamado **«estado de necesidad defensivo»**).[50]

71 B) Particular interés puede tener la aplicación de esta construcción al ámbito de los **trasplantes quirúrgicos**. La interpretación dominante tendría que llegar a la insatisfactoria conclusión de que actúa amparado por estado de necesidad el médico que con violencia o engaño extrae un órgano, acaso vital, de una persona sana como único modo de salvar la vida de un paciente. Piénsese en el caso extremo de que el médico prive a alguien de uno de sus ojos para evitar la ceguera de un paciente. En estos casos es evidente que el médico no lesiona un «bien» típico mayor que el que salva y, sin embargo, ¿es admisible que su actuación quede impune por resultar comprendida en el estado de necesidad?[51] La exigencia de consentimiento que para la extracción de órganos de personas vivas ha venido a expresar el art. 4 c) de la Ley de 27 oct. 79 hace *ilícitos* estos supuestos, pero no impone por sí sola su *punibilidad*. Ésta seguirá excluida en cuanto el hecho resulte subsumible en la eximente de estado de necesidad. La única forma

---

50. Cree necesario configurar para estos casos una causa de justificación supralegal por analogía, que permita causar un mal algo mayor que el que amenaza, Luzón Peña, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, pp. 269 ss. También Baldó, p. 174. Más opinable me parece la cuestión —que Luzón resuelve negativamente— de si cabe apreciar estado de necesidad para las transfusiones de sangre a Testigos de Jehová contra su voluntad. Sobre este problema, rechazando también el estado de necesidad, Cobreros, Tratamientos, pp. 295 ss., 318. Han admitido en cambio estado de necesidad en estos casos para la transfusión forzosa los Autos del TS de 14 de marzo 79, 22 dic. 83 y 25 enero 84. Sobre el Auto de 22 dic. 83 cfr. también Bajo CPC nº 25 (1985), pp. 127 ss.

51. Cree que esta solución se deriva del principio constitucional de «dignidad humana», como límite independiente y ajeno a la ponderación de males, Cerezo, La regulación, p. 88.

de evitar esta consecuencia insostenible es entender que la privación *dolosa* de la vida o integridad física de una persona constituye siempre un «mal» mayor que la sola producción naturalística, o su no evitación, de una lesión corporal o de la muerte. Dado el especialísimo valor no sólo de la vida, sino también de la integridad física, pues de ambos depende la persona como «fin en sí misma», ello debe concretarse en el sentido de que, *excepcionalmente*, tampoco la integridad física del hombre puede instrumentalizarse por nada, ni siquiera como medio de salvar la vida o la integridad física de otra persona, salvo que se trate de evitar una agresión procedente de la persona lesionada. No cabría, pues, admitir que obra en estado de necesidad el cirujano que extrae un órgano no principal de alguien sin su consentimiento para salvar la vida de otro[52]: Debería entenderse que causa un «mal» mayor (privación dolosa de la integridad física de una persona que es «fin en sí misma») que el que evita (la muerte como proceso biológico normal). Queda a salvo la posibilidad de que concurra *miedo insuperable* o, de reputarse éste insuficiente, acudir a una *causa supralegal de exculpación*, pero en todo caso *no bastaría ya la mera comparación objetiva de los bienes típicos en conflicto*, sino que todo dependería de la concurrencia en el sujeto de una situación motivacional suficientemente anormal (*no exigibilidad*) (cfr. Lección 24).

72 C) El principio, vinculado al valor constitucional de la dignidad humana, según el cual no es lícito admitir que se instrumentalice al individuo por otros sacrificando derechos fundamentales del mismo, puede conducir a negar también el estado de necesidad del art. 20, 5º para justificar un **ataque grave a otros bienes personalísimos**, como la libertad sexual o la libertad de movimiento, ni siquiera **para evitar algún otro delito** que no proceda del lesionado, aunque este delito sea más grave que aquel ataque. No debe considerarse un «mal» menor justificable la violación de una persona inocente por quien se ve amenazado de muerte por un tercero si no lo hace. Ni tampoco la detención de una persona podría considerarse justificada por el hecho de que fuese el único medio para evitar una amenaza de muerte efectuada al secuestrador por un tercero. Es cierto que en estos casos no se trata sólo de evitar una muerte natural, sino un delito de asesinato que implica también el mal inherente a la perturbación que tal infracción supone para el orden jurídico; pero hay buenas razones para rechazar que pueda concederse un *derecho* a violar o secuestrar a una persona que no tiene nada que ver con aquella infracción. El amenazado de muerte no tiene derecho alguno a *trasladar* su problema a otro no afectado (no tiene derecho a cambiar el curso del destino *jugando a Dios*). Tampoco puede justificarse que alguien viole o secuestre a otra persona para evitar que se mate, viole o secuestre a un tercero.[53] Cosa

52. Da respuesta negativa a esta cuestión Bajo Fernández, ADPCP 1979, pp. 495 s.

53. Deja entonces de ofrecer dificultades derivadas del principio de accesoriedad limitada de la participación el caso que proponía en la tercera edición de esta obra del que viola a una persona para evitar

distinta es que pueda concurrir un *miedo insuperable (art. 20, 6º) que impida la imputación personal* del hecho objetivamente antijurídico, o, por lo menos, una eximente incompleta de estado de necesidad o de miedo insuperable.[54]

73 D) La aplicación del mismo planteamiento a la **colisión de deberes** abona la necesidad del **tratamiento diferenciado** que para la misma propugna la doctrina dominante en Alemania.[55] La razón es que aquí la comparación de la importancia de los deberes *en principio* ya determina la importancia de los males a que da lugar su infracción. Y, así, mientras que en un estado de necesidad entre bienes en principio no bastará para que concurra el requisito ahora examinado que los bienes típicos sean iguales, sino que habrá que probar que la lesión de uno de los bienes ha causado un *mal* no mayor que el *mal* que supone la lesión que se evita, en cambio, ante una colisión de *deberes* de igual rango podrá afirmarse en principio que el mal causado por la infracción de uno de ellos es también igual que el que supondría la del otro. Digo «en principio» porque en el caso concreto podría suceder que ante una colisión de deberes iguales la infracción de uno tuviera consecuencias más graves que la del otro, en cuyo caso no podría infringirse el primero para evitar la infracción del segundo.

74 *Ejemplo* de colisión de deberes iguales que propone la doctrina sería el del padre que se encuentra ante una situación en la que dos hijos suyos se hallan en peligro de perecer y sólo puede socorrer a uno de ellos (a cualquiera, pero sólo a uno). La doctrina alemana considera también casos de colisión de deberes iguales todos aquellos en que hay que optar entre el deber de salvar a una o varias personas y el de salvar a mayor número de ellas. Se entiende que una vida vale tanto como muchas vidas, por el principio kantiano de que «el hombre es un fin en sí mismo».

75 Por último, dos observaciones: 1ª) A menudo los «males» en juego serán difíciles de comparar. Según Córdoba, cuando concurran dos **males incomparables** habrá que apreciar la

una amenaza de muerte de un tercero (tercera edición, p. 425). El violador no actúa justificadamente, sino con un injusto sólo atenuado por una eximente incompleta, y a lo sumo sin responsabilidad penal por miedo insuperable, por lo que no hay dificultad alguna para castigar como inductor del hecho antijurídico al inductor que le amenaza.

54. Propone esta eximente incompleta para el que viola a otra persona por estar amenazado de muerte Díaz y García Conlledo, RDPCr nº 2 (1998), pp. 426 s.

55. En contra, sin embargo, Cuerda, Colisión de deberes, pp. 251 s. La doctrina dominante alemana sostiene esta conclusión respecto a la colisión de deberes de actuar, mientras que en la colisión de un deber de omitir y otro de actuar (p. ej., colisión del deber de no desconectar a un paciente del corazón-pulmón artificial con el deber de conectar a otro paciente que lo necesita) se considera que sólo actúa justificadamente quien infringe el deber de actuar. Así Maurach/Zipf, AT § 27 IV 55; Stratenwerth, AT, 9/119. Pero esto significa solamente que el valor del bien jurídicamente protegido por el deber no es el único criterio decisivo y que, por lo tanto, no basta la igualdad de los bienes en conflicto para afirmar que los deberes en colisión son iguales. En la colisión entre un deber de actuar y otro de omitir lo que sucede es que, aunque ambos amparen un mismo bien jurídico, como la vida, el deber de omitir se considera más importante que el de actuar. Ello no constituye, pues, ninguna excepción al principio según el cual basta la igualdad de los deberes en colisión (no de los bienes en juego) para que concurra justificación si se infringe cualquiera de ellos.

eximente, puesto que el art. 20, 5º sólo exige que el mal causado no sea mayor, y si no es susceptible de comparación con el mal evitado no podrá decirse que es mayor que éste.[56] Esta afirmación parece demasiado general. 2ª) **En los delitos imprudentes** no hay que comparar el *resultado* lesivo no doloso y el que se trataba de evitar, sino la gravedad del hecho imprudente en cuanto tal (que será menor que la gravedad del resultado si se hubiera producido dolosamente) y el peligro que se conjura con la conducta imprudente.

76 *Ejemplos:* Es difícil comparar la necesidad de estar a cubierto durante una enfermedad que exige guardar cama y el deber de obediencia a una sentencia judicial de desahucio. Si alguien conduce imprudentemente un herido que corre peligro de perder una pierna y causa un accidente en el que perece otra persona, no hay que comparar la pérdida de la pierna con la muerte de la víctima del segundo accidente, sino el peligro de aquélla pérdida con la gravedad del hecho imprudente (prevista con una pena menor que la del homicidio doloso).

3. *«Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto»*

77 A) La doctrina dominante y la jurisprudencia entienden que falta este requisito en cuanto el sujeto causa la *situación de peligro* que amenaza.[57] No sería preciso para apreciar provocación que el sujeto haya querido, además, el *estado de necesidad* consistente en la situación no sólo de peligro, sino de necesidad de optar entre un mal u otro. Así, quien provocase un incendio y se viera envuelto en él no podría alegar la eximente si lesionara a otro para salvarse aunque no hubiese querido la situación de tener que elegir entre su vida y la integridad física del otro (el sujeto quiere el incendio pero no tener que salvarse de él lesionando). Por otra parte, en los delitos de tráfico ni siquiera requiere el TS que el sujeto haya querido dolosamente la concreta situación de peligro. Basta, para que estime la provocación, que el conductor del turismo que tuvo que atropellar a un ciclista para evitar una colisión frontal con un camión que hubiera producido la muerte de los ocupantes del automóvil, hubiera llegado a dicha situación por una conducción *imprudente*. En caso como éste el TS deniega el estado de necesidad y castiga por imprudencia.[58]

78 Una dirección doctrinal se opone a este planteamiento. Por una parte, cree necesario entender la expresión legal «situación de necesidad» como equivalente a la de «estado de necesidad»: no sólo como situación de peligro, sino como situación de conflicto sin más salida que la lesión de uno de los bienes en juego. En el ejemplo del incendio, el sujeto habría creado dolosamente el peligro, pero no la situación de conflicto. Por otra parte, se exige que la provocación de la situación de conflicto sea intencional (dolosa).[59] En el ejemplo de tráfico propuesto no habría siquiera provocación dolosa de la situación de peligro concreto.

---

56. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 292 s.

57. Así Cuello Calón, PG, pp. 415 s.; SSTS 365/2005, 28 de mar., 340/2005, 8 de mar., 722/2003, 12 de may., 1125/2001, 14 de jun.

58. Cfr. p. ej., SSTS 23 jun. 55, 30 en. 60. A favor Luzón Domingo, Derecho penal del TS, I, 1964, p. 217.

59. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 295; Silva, ADPCP 1982, p. 684.

79 La letra de la ley parece, en efecto, obligar a exigir, para la falta del requisito estudiado, que el sujeto haya provocado dolosamente la situación de *conflicto*, y no sólo el peligro sin conciencia de que iba a provocar la situación de necesidad. Las *formulaciones* doctrinales y jurisprudenciales contrarias resultan, pues, incorrectas al negar la presencia de la eximente de casos en que no se da una tal provocación. Sin embargo, la *solución* de castigar por imprudencia en casos como el de tráfico citado resulta razonable, aunque esté mal fundamentada. Si el sujeto en definitiva ha causado un resultado lesivo por una *imprudencia anterior* a la situación de necesidad. ¿Cómo puede dicha imprudencia desaparecer por el hecho de que aparezca en el último momento la necesidad de tener que elegir entre un mal u otro?

80 La solución de la imprudencia me parece correcta, pero debe fundarse acudiendo a un razonamiento paralelo al de la ***actio libera in causa***.[60] El acto último (generalmente doloso) motivado por el estado de necesidad, está justificado porque la situación de necesidad en sentido estricto (situación de conflicto) no ha sido provocada intencionalmente. Mas con ello no desaparece la *imprudencia de la conducta anterior*; y esta imprudencia es causa última del resultado final *(condicio sine qua non)*. Imaginemos que la situación de peligro ha sido causada por una persona distinta a la que luego se ve en la necesidad de lesionar a otra para escapar al peligro: si el causante del peligro actuó imprudentemente, nadie podrá dudar de que el resultado lesivo final ha de imputársele a título de imprudencia, pues bien, no puede cambiar las cosas el hecho de que quien se vea envuelto en la situación de necesidad sea el propio provocador del peligro.

81 Ello no obsta a que la fundamentación que de la solución de la imprudencia da el Tribunal Supremo sea inaceptable.[61] Si niega todo estado de necesidad eximente, debería conducir a castigar el hecho *doloso* que generalmente dará lugar a la lesión final. El conductor que *elige* atropellar al ciclista antes de colisionar con el camión, toma una decisión *dolosa*, que debería castigarse como tal si no se entiende justificada por el estado de necesidad. La fórmula aquí propuesta estima la eximente para el acto doloso realizado ante la situación de necesidad, pero admite que *subsiste* una imprudencia *anterior* a la que cabe imputar la lesión final y que, por tanto, debe castigarse.

82 B) La ley requiere que sea **«el sujeto»** el que no haya provocado intencionadamente la situación de necesidad. Ello no plantea problema en el estado de necesidad en que se salvan intereses propios, pero e**n el auxilio necesario** de otra persona hay que decidir si «el sujeto» es el auxiliador o el auxiliado. La doctrina española se manifiesta mayoritariamente en el sentido de que ha de ser el *auxiliador*, y no el necesitado, el que no debe haber provocado intencionalmente la situación de necesidad —con independencia de si el auxiliado la

60. La doctrina actual habla en este caso de *actio illicita in causa*; cfr. Küper (1983), pp. 165 ss.; Silva, ADPCP 1982, pp. 681 ss. (ambos señalando los límites de esta construcción). Luzón Peña, Jahrbuch f. Recht u. Ethik, t. 2 (1994), pp. 360 ss., admite la aplicación de esta construcción en el estado de necesidad, por entender que éste justifica la conducta final, pero deja en pie el desvalor del resultado.

61. Sin embargo, como el texto STS 15 jun. 71.

provocó o no.[62] Ello se basa en argumentos literales, históricos y vinculados a la *ratio* de la institución. La redacción de la ley, parecería indicar que se trata del *sujeto de la acción* amparada por la eximente: la acción de quien «actúa impulsado por un estado de necesidad...» a que se refiere el encabezamiento del art. 20, 5º. También se argumenta que la finalidad del requisito 2º del art. 20, 5º es evitar que se aproveche de la exención por estado de necesidad *quien lo ha provocado* dolosamente.[63]

83 ¿Son definitivos estos argumentos? Desde el prisma del fundamento del requisito 2º del art. 20, 5º podría replicarse que no deja de resultar insatisfactorio que la provocación producida por un sujeto no necesitado haya de perjudicar al sujeto necesitado que nada tiene que ver con la provocación, determinando la *prohibición* de que el primero auxilie a éste. En realidad, al menos cuando el ordenamiento jurídico considere mayor el mal que amenaza al necesitado, lo más coherente y correcto parecería que si la provocación sólo tuvo lugar por parte del no necesitado no hubiese de impedir su acción auxiliadora. ¿Puede considerarse antijurídica una conducta que viene a evitar un mal mayor en quien no tiene ninguna culpa de la situación de necesidad en que se encuentra?

84 También es cierto, sin embargo, que no resultaría justo que el auxiliador que provocó la necesidad de lesionar uno de los bienes en conflicto quede absolutamente impune cuando lesiona uno de ellos.

85 Subsiste, no obstante, la dificultad antes expuesta: si se castiga al provocador que auxilia, ¿no significa ello que se le prohíbe auxiliar a quien no tiene ninguna culpa de verse envuelto en la situación de necesidad? La única solución a este dilema que se me alcanza es la de entender que el castigo del provocador no tiene lugar *porque auxilie*, sino *porque ha provocado dolosamente* la situación de necesidad de la cual había de resultar necesariamente lesionado un bien. Siendo así, *al provocador no se le prohíbe auxiliar*, sino sólo que provocara la situación de conflicto. Es más, puede entenderse que al haber creado el peligro, el provocador queda situado en una posición de garante frente a los bienes en conflicto que *le obliga* a salvar el más importante. Quien pone a otra persona frente a un león ajeno tiene el *deber* de salvarlo. Y, sin embargo parece justo castigarle por la muerte del león (bien jurídico propiedad de alguien). Habrá que castigarle, pero no *por* haber cumplido el deber de auxilio, sino porque la lesión es imputable a una provocación dolosa anterior.

86 Así fundamentada, la doctrina dominante que, en el auxilio necesario, identifica el «sujeto» del requisito 2º del art. 20, 5º con el *agente auxiliador*, puede sostenerse satisfactoriamente.

4. *«Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse»*

87 Determinadas profesiones o cargos conllevan un especial deber de soportar ciertos riesgos. Así, el bombero ha de asumir los riesgos del fuego y de otras

---

62. P. ej., cfr. Antón Oneca, PG, p.268; Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 301; Ferrer Sama, Comentarios, pp. 204 s.; Silva, ADPCP 1982, p. 682. En contra, Luzón, Lecciones, p. 433.

63. Cfr. Córdoba, Comentarios, I, p. 301; Antón, PG, p. 268.

tareas de salvamento, el capitán del barco debe dejar que en caso de peligro se salven primero los pasajeros, la policía debe correr el riesgo de que algún delincuente se resista a su detención, etc. Existen situaciones de necesidad en las cuales generalmente podría actuarse al amparo de la eximente quinta y que, sin embargo, no permiten justificar la conducta de los profesionales citados que optan por no sacrificarse. Es lo que viene a suponer el último requisito, ahora aludido, del art. 20, 5º.[64]

88 Para que falte este requisito es preciso, pues, que el deber de sacrificio se halle ***especialmente* vinculado a un determinado oficio o cargo**: no bastaría un deber genérico de sacrificio como la obligación de respetar la buena fe lesionada por el delito de falsedad (como erróneamente sostiene la S 29 oct. 51), pues en todo delito existe el deber de respetar el bien jurídico respectivo y, de admitirse que basta este deber, nunca podría estimarse la eximente. Por otra parte, ha de tratarse de un **deber jurídico**, es decir, basado en normas jurídicas. Por último, el deber de sacrificio tendrá sus *límites*, derivados del alcance que le confieran las normas jurídicas que lo establecen y también de *lo exigible* a cada función.[65]

89 *Ejemplos:* La tripulación de un buque no podrá pretender su salvamento a costa de la muerte de los viajeros, pero sí podrá arrojar al mar la carga para salvar sus vidas.[66] Tal límite de su deber de sacrificio ya se deriva de la regulación que prevé el Código de comercio de la figura de la echazón. Al bombero le es exigible sufrir riesgos en su persona antes de atacar a otros con el fin de escapar a las llamas, pero no para salvar un bien de poco valor.

90 Según la redacción legal, **quien no ha de tener deber de sacrificio es *«el necesitado»***. En caso de que sean distintos el agente y el necesitado (aquél actúa para salvar a éste: auxilio necesario), parece que la exigencia no se referirá al agente, sino al auxiliado por él, único «necesitado». No cabría, pues, apreciar la eximente en el particular que lesione un bien jurídico para evitar un mal de un profesional que tiene obligación de sacrificarse.[67]

91 Cuando únicamente falte el presente requisito, cabrá apreciar la **eximente incompleta** (art. 21, 1º).

---

64. Sobre el significado y fundamento de este requisito cfr. Silva, ADPCP 1982, p. 689.
65. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 303, 305 s.
66. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 268.
67. En contra, la doc. dom. entiende por «necesitado» al auxiliador, aunque no se halle en peligro: cfr. Ferrer Sama, Comentarios, I, pp. 207 s.; Córdoba, Comentarios, I p. 307; Rodríguez Devesa, PG p. 552; Díaz Palos, Estado de necesidad, p. 917. Silva, ADPCP 1982, p. 690, exige que el auxiliador sea a la vez «necesitado» en sentido propio.

IV. Estado de necesidad putativo

92 Véase lo dicho supra sobre la suposición errónea de algún presupuesto objetivo de una causa de justificación (Lección 16, I 5) y sobre la legítima defensa putativa (Lección 16, II 3). Todo ello es aplicable aquí.

Lección 18.
CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO. LA OBEDIENCIA DEBIDA

Bibliografía

Alamillo Canillas, La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, en Anales del Centro de la UNED de Albacete, 1980, pp. 17 ss.; *Amelung*, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, pp. 329 ss.; *Antón Oneca*, Notas Críticas al CP. Las lesiones, en Estudios penales, en homenaje al P. Pereda, 1965; *Bajo Fernández*, La realización arbitraria del propio Derecho, 1976; *el mismo*, Agresión médica y consentimiento del paciente, CPC nº 25 (1985), pp. 127 ss.; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Becker*, Sportverletzung und Strafrecht, DJ 1938, pp. 1720 ss.; *Berdugo Gómez de la Torre*, El delito de lesiones, 1982; *Bernal*, Conflictos penales originados por el cumplimiento de deberes profesionales y públicos, RDP, 2007; *Bettiol*, L'ordine dell'autorità nel diritto penale, 1934; *Blei*, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, JZ 1955, p. 625 ss.; *Bobbio*, Contribución a la teoría del Derecho, ed. de Ruiz Miguel, 1980; *Bockelmann*, Das Strafrecht des Arztes, 1968; *el mismo*, Der ärtzliche Heileingriff..., ZStW 93 (1981), pp. 105 ss.; *Brandão*, Justificação e desculpa por obediência em direito penal, Coimbra 2006; *Bringewat*, Der rechtswidrige Befehl, NZWehrr 1971, pp. 126 ss.; *Bruns*, Die strafrechtliche Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ 1957, pp. 410 ss.; *Bueno Arús*, El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico..., en AA.VV., Estudios de Derecho penal y criminología, UNED 1989, t. I, pp. 153 ss.; *Bustos*, Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos, en Nuevo Foro Penal, 1986, pp. 165 ss.; *Capella Hernández*, Sobre el discurso jurídico, 1982; *Caraccioli*, L'esercizio del diritto, 1965; *Carbonell Mateu*, La justificación penal, 1982; *Cerezo Mir*, La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ADPCP 1987, pp. 273 ss.; *el mismo*, Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, REP 1966, pp. 319 ss.; *Cobo del Rosal*, Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el CP, ADPCP 18 (1964), pp. 243 ss.; *Cobreros*, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, 1988; *Corcoy*, Libertad de terapia *versus* consentimiento, en Casado (ed.), Bioética, Derecho y Sociedad, 1998, pp. 109 ss.; *Córdoba Roda*, Las eximentes incompletas en el CP, 1966; *Covassi*, L'attività sportiva come causa di esclusione del reato, 1984; *Del Rosal*, De la responsabilidad médica, 12 (1959), pp. 365 ss.; *Díaz Palos*, En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, en Estudios jurídicos en honor al prof. Pérez-Vitoria, I, 1983, pp. 191 ss.; *Díez Ripollés*, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC nº 30 (1986), pp. 603 ss.; *Dolaptschieff*, Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?, ZStW 58 (1939), p. 238; *Dölling*, Die Behandlung der Körperverletzungen im Sport, ZStW 96 (1984), pp. 36 ss.; *Engisch*, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), pp. 1 ss.; *Eser*, Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica, en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, 1988, pp. 7 ss.; *el mismo*, Medizin und Strafrecht, ZStW 97 (1985), pp. 1 ss.; *el mismo*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, JZ 1978, pp. 368 ss.;

Fuhrmann, Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, 1963; *García Arán*, Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español, en Estudios jurídicos en honor del prof. Pérez-Vitoria, 1983, I, pp. 251 ss.; *García Valdés*, El Derecho penal y disciplinario y la Ley del Deporte, CPC nº 39 (1989), pp. 703 ss.; *el mismo*, Responsabilidad por lesiones deportivas, ADPCP 1993, pp. 965 ss.; *Gómez Benítez*, El ejercicio legítimo del cargo, 1980; *Herzberg*, Unrechtsausschluß und Tatbestandsirrtum bei versuchter und vollendeter Tatbestandserfüllung, en Festschrift für Stree und Wessels, 1993, pp. 203 ss.; *Horn*, Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtbehörden, NJW, 1981, pp. 1 ss.; *Jescheck*, Verantwortung und Gehorsam im Bereich der Polizei, en Das Polizeiblatt für das Land Baden-Württemberg 1964, pp. 97 ss.; *el mismo*, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, en Bundeswehr und Recht 1965, pp. 63 ss.; *Jorge Barreiro*, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, 1990; *el mismo*, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente, CPC 16 (1982), pp. 5 ss.; *el mismo*, Derecho a la información y el consentimiento informado, en A.A.V.V., Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, 1996, pp. 145 ss.; *Jung*, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977; *el mismo*, Außenseite Methoden und strafrechtliche Haftung, ZStW 97 (1985), pp. 47 ss.; *Karstendiek*, Nochmals: Züchtigungsrecht heute, DRiZ 1975, pp. 333 ss.; *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz, 1961; *Krauss*, Zur Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, en Festschrift für Bockelmann, 1979; *Krey/Meyer*, Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei..., ZRP 1973, pp. 1 ss.; *Krüger*, Polizeilicher Schußwaffengebrauch, 3ª ed., 1977; *el mismo*, Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, pp. 1 ss.; *W. Lange*, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchsrechts, MDR 1974, pp. 357 ss.; *Leone*, L'esimente dell'esercizio di un diritto, 1970; *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978; *el mismo*, Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis, en Mir Puig (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, 1988, pp. 59 ss.; *Majada Planelles*, El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas, 1946; *Mantovani*, I trapianti e la sperimentazione umana, 1974; *H. Mayer*, Der bindende Befehl im Strafrecht, en Festgabe für Frank, I, 1930, pp. 598 ss.; *M. E. Mayer*, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, en Festschrift für P. Laband, 1908, p. 121 ss.; *Mestre*, La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación, 2001; *Mir Puig*, Lesiones deportivas y Derecho penal, Rev. Colegio Abogados de Vizcaya, 1987, pp. 35 ss.; *el mismo*, El delito de coacciones en el CP, RJCat. 1977, pp. 777 ss. (=ADPCP 1977, pp. 269 ss.); *Morillas*, La obediencia debida, 1984; *el mismo*, La eximente de obediencia debida en la PANCP..., RFDUC monogr. 6 (1983), pp. 481 ss.; *el mismo*, Derecho penal y deporte, en Rev. Andaluza del Derecho del Deporte, nº 1, 2006, pp. 35 ss.; *Muñoz Lorente*, La libertad de información como justificación de la lesión al honor, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, (42) 1997, pp. 171 ss.; *Nino*, Introducción al análisis del Derecho, Barcelona 1983 (=2ª ed. Buenos Aires 1980); *Oehler*, Handeln auf Befehl, JuS 1963, pp. 301 ss.; *Ostendorf*, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ, 1981, pp. 165 ss.; *Paredes*, Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas, ADPCP 1990, pp. 633 ss.; *el mismo*, La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador, Rev. española de Derecho deportivo, nº 5, en.-jun. 1995; *Penneau*, La responsabilité médicale, 1977; *Petri*, Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts, ZRP 1976, pp. 64 ss.; *Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative, en GA 10/2003; *Queralt*, Coacción directa y justificación, RJCat 1983, pp. 109 ss; *el mismo*, La obediencia debida en el CP, 1986; *el mismo*, El policía y la ley, 1986; *el mismo*, Necesidad, legalidad y oportunidad (a propósito de la cobertura de la injerencia policial), Rev. Centro Estudios Constitucionales, nº 5 (1990), pp. 135 ss.; *Queralt/Jiménez*, Manual de Policía Judicial, 2ª ed., 1989; *Quintero*, El delito de desobediencia y la desobediencia justificada, CPC 12 (1980), pp. 59 ss.; *Reindl/Roth*, Die Anwendung des unmittelbaren Zwangs in der Bundeswehr, 1974; *Rivacoba*, La obediencia jerárquica en el Derecho penal, 1969; *Riz*, Il trattamento medico e le cause di giustificazione, 1975; *Rodríguez Devesa*, La obediencia debida en el Derecho penal militar, REDM nº 3 (1957), pp. 29 ss.; *el mismo*, La subordinación militar en Derecho comparado, REDM nº 11 (1961), pp. 73 ss.; *Rodríguez Mourullo*, La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y desarrollo de las huelgas. (Comentarios a la STC 104/2001 desde la perspectiva penal), en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *Romeo Casabona*, El médico y el Derecho penal, 1981; *el mismo*, Los trasplantes de órganos, 1978; *Ross*, Sobre el Derecho y la Justicia, Buenos Aires, 1970; *Roxin*, La calificación jurídico-penal de la corrección paterna, trad. de Díaz y García, en RDPCr nº 16, 2005; *Royo-Villanova*, La responsabilidad legal del médico, ADPCP 1955; *el mismo*, Cirugía estética, 1958; *Rüping/Hüsch*, Abschied vom Züchtigungsrecht des Lehrers, GA 1979, pp. 1 ss.; *Rupprecht*, Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ

1973; *Sánchez-García*, Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, 1995; *Santoro*, L'ordine del superiore nel diritto penale, 1957; *Schild*, Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung, Jura 1982, pp. 477ss., 520 ss., 585 ss.; *J. Schmidt*, Nochmals: Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, pp. 449 ss.; *Schneider*, Züchtigungsrecht heute!, DRiZ 1975, p. 149 ss.; *Schnorr*, Handeln auf Befehl, JuS 1963, pp. 293 ss.; *Schroeder*, Der Rechtfertigungsgrund der Entscheidung von Rechtsachen, GA 1993, pp. 389 ss; *Schroeder/Kaufmann (ed.)*, Sport und Recht, 1972; *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, 1958; *Thomas*, Die gerechtfertigte Züchtigung?, ZRP 1977, pp. 181 ss.; *Triffterer*, Der tödliche Fehlschuß der Polizei, MDR 1976, pp. 355 ss.; *el mismo*, Ein rechtfertigender (Erlaubnistatbestands-) Irrtum..., Mallmann-Festschrift, pp. 373 ss.; *Trockel*, Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, NJW, 1970; *Vassalli*, Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità del trattamento medico-chirurgico, en Festschrift für Heinitz, 1972 (=trad. Bergalli, NPP 1973); *Villagómez Rodil*, Delitos deportivos, en REP 1958, pp. 847 ss.; *Vitt*, Gedanken zum Begriff der «Rechtmäßigkeit der Diensthandlung» bei § 113 StGB, ZStW 106 (1994), pp. 581 ss.; *Vives Antón*, Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida, en Estudios penales y criminológicos (Fernández Albor ed.), V, 1981, pp. 133 ss.; *v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, pp. 34 ss.; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo*, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho alemán y austríaco, en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, 1988, pp. 149 ss.; *el mismo*, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, en Festschrift für Bockelmann, 1979.

Cuando el Derecho impone a alguien el **deber** de realizar un hecho previsto en un tipo penal o le confiere un **derecho** que se lo permite, es evidente que no puede considerarse contraria a Derecho, esto es, antijurídica la realización de aquel hecho. Una clase especial de deber impuesto por el Derecho que puede dar lugar a esta situación es el deber de obedecer determinadas órdenes. De ahí que el art. 20, 7º declare exento de responsabilidad penal a «el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». **1**

I. Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

1. *Fundamento, naturaleza y función del art. 20, 7º CP*

A) La **función del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico** se opondría a que el cumplimiento de un deber impuesto en una determinada rama del Derecho (administrativo, civil, etc.), se considerara contrario a Derecho y se castigara por el Derecho penal, o que éste reputara antijurídica la realización de un derecho concedido en otro sector del Derecho. Ello no significa que, viceversa, lo no prohibido penalmente deba ser permitido en el resto del Derecho, ni que lo que se oponga a una ley no penal deba ser también contrario a la ley penal, ni que todo lo prohibido bajo pena deba estar prohibido también por el resto del ordenamiento jurídico. Dentro del conjunto del ordenamiento jurídico corresponde al Derecho penal la función de prevenir, prohibiendo y castigando, los hechos más lesivos de la vida social *(ultima ratio)*. Contradiría su función, pues, que prohibiera y castigara hechos obligados o permitidos expresamente por otro sector del mismo orden jurídico (es decir, hechos que se consideran positivos por el mismo Derecho), pero es, en cambio, perfectamente adecuado a su función de *ultima ratio* que los hechos no prohibidos por la ley penal puedan hallarse prohibidos por normas no penales.[1] **2**

1. Así Günther, SK StGB 1998, antes de § 32/34.

3 El fundamento de que el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho sean causas de justificación *no* puede verse, pues, en la *sola* idea de la **unidad del ordenamiento jurídico**, que *por sí sola* no puede imponer que lo lícito en un sector del Derecho lo sea también en todo el resto del ordenamiento jurídico,[2] como lo demuestra el hecho mencionado de que no todo lo lícito para el Derecho penal lo debe ser para las demás ramas del Derecho. Si lo lícito de un sector no penal del Derecho no puede al mismo tiempo castigarse por el Derecho penal es por algo más que la unidad del ordenamiento jurídico: es por la **función de *ultima ratio* del Derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico**.

4 *B)* Pero, para que un deber o un derecho no penales pueda justificar un hecho castigado con carácter general por la ley penal, ha de poder entenderse con carácter previo que efectivamente el ordenamiento jurídico mantiene la exigencia del deber o la existencia del derecho pese a la prohibición general que el Derecho penal prevé de la conducta debida o permitida. Si se pudiera sostener que la ley penal general deroga la norma no penal que establece el deber o derecho, desaparecerían éstos y por tanto la valoración positiva de la conducta que impide su castigo penal. Las normas penales pueden, en efecto, como toda norma jurídica, derogar otras normas definidoras de deberes y derechos: así sucederá cuando al introducir un nuevo delito el legislador quiera castigar incluso las conductas obligadas o permitidas por otras normas anteriores (Ver el ejemplo que se propone el final de la siguiente letra C). Pero, *en principio*, y salvo que conste lo contrario en algún supuesto particular, *el art. 20, 7º viene a negar la voluntad del Derecho penal de derogar los deberes y derechos definidos en otras normas jurídicas*. En otras palabras: cuando un hecho se halla a la vez previsto en una ley penal y en otra norma jurídica no penal que obliga o permite positivamente su realización, se plantea una situación de ***conflicto de leyes* que el art. 20, 7º decide en favor de la norma no penal**. La consecuencia es que el hecho ha de considerarse obligado o permitido y no contrario a la ley penal, de modo que no puede considerarse antijurídico. La razón de la ausencia de antijuridicidad ha de verse vinculada a la existencia de determinados intereses que han llevado a obligar o permitir el hecho de que se trate. Tales intereses entran en conflicto con los penalmente protegidos que lesiona la conducta correspondiente, y el conflicto se resuelve por la norma no penal en favor del deber o derecho. Se trata de la estructura de una *causa de justificación*: el ataque al bien jurídico no desaparece, sino que se permite (u obliga) por razón de intereses que se estiman prevalentes.

5 *C)* Puede plantearse la duda de **si el art. 20, 7º es o no superfluo**.[3] En otros países (así, en Alemania) no se prevé ningún precepto paralelo y, sin embargo, nadie ha puesto en duda que quien actúa en el ejercicio de un deber o de un derecho no ha de incurrir en responsabilidad penal.[4] Cuando el deber o derecho se prevé en una norma *posterior* a la ley penal y de *rango no inferior* a ella, no es preciso ninguna disposición legal como la del art. 20, 7º para

---

2. Argumentan, sin embargo, únicamente con la idea de la unidad del ordenamiento jurídico: Antón Oneca, PG, p. 251; Rodríguez Devesa, PG p. 489; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 471; Carbonell Mateu, Justificación, pp. 111 ss.

3. Plantea, p. ej., este interrogante Córdoba Roda, Notas I, p. 365. Sobre la cuestión de la necesidad o no del anterior art. 8, 11º (actual art. 20, 7º), cfr. Carbonell Mateu, Justificación, pp. 125 ss., que no considera superflua la eximente, sino como expresión de una cláusula general de justificación que viene a autorizar legalmente la eficacia justificante en lo penal del resto del ordenamiento jurídico, incluso del derecho consuetudinario. Con ello se combinaría el respeto al principio de la legalidad con la necesaria apertura a la totalidad del Derecho positivo como fuente de justificación, dando lugar a una reserva relativa de ley: pp. 115 ss.

4. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 535 ss.

decidir la preferencia de la norma no penal, pues constituye una *lex specialis* y posterior que deroga a la ley penal, más general. Pero resulta útil que el Derecho resuelva expresamente el conflicto de normas cuando el deber o el derecho se establecen por una **disposición anterior o inferior** a la ley penal. Cuando es anterior, pese a ser especial podría resultar dudoso que no quedase desplazada por la ley penal posterior. Lo mismo sucedería en el caso de que la norma no penal especial tenga rango inferior a la ley penal. Más difícil aún sería mantener la exclusión de la ley penal cuando la misma fuera a la vez posterior y superior a la no penal especial. Ninguno de estos casos de conflicto tiene una solución automática en la **teoría general de la colisión de normas** sino que exige una ponderación de los distintos puntos de vista concurrentes.[5] La doctrina ha sostenido tradicionalmente en el problema que nos ocupa la solución de dar preferencia en todo caso a la norma no penal que establece el deber o derecho, pero es acertado que el legislador evite posibles dudas consagrando expresamente este criterio como lo hace el art. 20, 7º Este precepto no se limita, pues, como se ha dicho,[6] a expresar un principio tan obvio como el de que quien obra conforme a derecho no se comporta antijurídicamente, puesto que podría resultar dudoso si el deber o derecho establecido por una ley no penal puede justificar el hecho desplazando la ley penal que en general lo castiga.

6 Cuando con una nueva ley penal se quiere derogar algún deber o derecho previamente establecidos en otra norma, habrá que manifestarlo expresamente entre las disposiciones derogatorias. Así, por ejemplo, si, al regular la punición de conductas que violan la intimidad del individuo, se quisiera acabar con la posibilidad legal de instalar en determinados casos (así, por orden judicial) aparatos de escucha para averiguar las conversaciones privadas de alguna persona, sería preciso que se derogasen expresamente las disposiciones que lo permitiesen; pues de otro modo el art. 20, 7º impediría la aplicación de la nueva normativa penal a tales casos.

7 En algún caso es **la propia ley penal la que establece el deber** de lesionar algún bien jurídico-penalmente protegido. Así, por ejemplo, el art. 450 impone el deber de impedir determinados delitos, lo que supone un deber de realizar las coacciones, malos tratos o incluso lesiones[7] que sean precisos para impedir el delito de que se trate. La letra del art. 20, 7º abarca a estos casos, pero para ellos sí resulta perfectamente *superfluo*, puesto que la misma solución de exención se alcanza por aplicación del *principio de especialidad* (el deber de impedir el delito es más específico que la prohibición de realizar las conductas lesivas que ello exige), principio que aquí no colide con otros como el de jerarquía o posterioridad normativas.

---

5. Cfr. Bobbio, Contribución, pp. 362 s.; Capella Hernández, Discurso jurídico, pp. 56 s.; Ross, Sobre el Derecho, p. 127; Nino, Introducción, p. 276.

6. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 251. Tampoco debe entenderse que el art. 20, 7º abarca los casos obvios de derechos reconocidos por la propia ley penal como causas de justificación (p. ej., la legítima defensa) (pero así Rodríguez Devesa, PC 489), pues aunque caben en la letra de aquel precepto, es evidente que la voluntad de la ley no puede ser una repetición tan inútil.

7. Esto último si se admite la interpretación dominante del anterior art.338 bis (actual art. 450), según la cual debe entenderse la salvedad que establece este precepto, de que no haya riesgo propio o ajeno, en el sentido de que no existe riesgo para el auxiliador ni para un tercero (cfr. Rodríguez Devesa, PE, p. 987; Muñoz Conde, PE, 11ª ed., pp. 822-823). Cabría otra interpretación: excluir el deber penal de impedir el delito cuando también hubiese riesgo para el atacante. Ello no impediría, por supuesto, la posibilidad de la legítima defensa, pero sí el deber de practicarla bajo pena.

2. *Contenido del art. 20, 7º*

8 El art. 20, 7º enumera cuatro supuestos: 1º) cumplimiento de un **deber**, 2º) ejercicio de un **derecho**, 3º) ejercicio de un **oficio** y 4º) ejercicio de un **cargo**. Pero el oficio y el cargo no se toman en consideración con independencia del cumplimiento de un deber o del ejercicio de un derecho, sino en cuanto *fuentes* de posibles deberes y derechos. Una clasificación simplificadora del contenido del precepto puede partir de la distinción de deberes y derecho, por una parte, y del hecho de si son o no derivados de un oficio o cargo, por otra.[8]

9 Resultan así los siguientes supuestos:

10 A) **Cumplimiento de un deber**:

11 a) derivado de un oficio o cargo

12 b) no derivado de un oficio o cargo

13 B) **Ejercicio de un derecho**:

14 a) derivado de un oficio o cargo

15 b) no derivado de un oficio o cargo.

3. *Cumplimiento de un deber*

16 A) El presupuesto básico de esta modalidad de la eximente es que concurra un **deber de lesionar el bien jurídico vulnerado**. Ello supone, por de pronto, que la ley penal realizada no ha derogado el deber jurídico no penal. Ya se ha dicho más arriba que en principio el art. 20, 7º da preferencia al deber de actuar, pero excepcionalmente podría el legislador penal acabar con el deber en ciertos casos (cfr. *supra*, I 1 C). Por otra parte, no basta con la existencia de cualquier deber de actuar, sino que ha de consistir en un deber *específico* de lesionar el bien jurídico vulnerado. Se excluyen así de la eximente 7ª los casos de **colisión de deberes** comprendidos en el art. 20, 5º (**estado de necesidad**). Entra en juego la colisión de deberes cuando, para cumplir un deber *en sí mismo* no consistente en el de lesionar el bien jurídico vulnerado, alguien se ve obligado a lesionar dicho bien jurídico (ya sea infringiendo un deber de actuar, ya sea infringiendo el deber de omitir la lesión).

17 *Ejemplos:* Si un agente de Policía practica una detención, a que está obligado, actúa amparado por la eximente 7ª porque obra en cumplimiento de un deber que le obliga

8. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 360.

específicamente a practicar la detención. En cambio, si, para lograr detener a unos delincuentes que huyen a gran velocidad, en un coche, la Policía se ve obligada a conducir temerariamente y a poner en concreto peligro bienes ajenos, el delito de conducción temeraria del art. 381 quedará excluido por colisión de deberes del art. 20, 5º (estado de necesidad) y no por el art. 20, 7º, porque el deber de detener no consiste *específicamente* en la violación de la seguridad del tráfico. Esta última constituye un bien jurídico que entra en colisión con el deber de detener y sólo puede vulnerarse en la medida en que sea tanto o más importante (así, por la peligrosidad de los delincuentes perseguidos) el deber de detener que el de evitar la lesión de la seguridad viaria. Ello se debe a que, al no implicar *conceptualmente* el deber de detener la lesión de la seguridad del tráfico rodado, no constituye *lex specialis* respecto a la ley penal que impone en general el deber de respetar la seguridad del tráfico, la cual por tanto, no puede entenderse desplazada en virtud del principio *lex specialis derogat generalem* consagrado por el art. 20, 7º en esta materia. Al faltar la relación de deber especial y deber general, si son de distinta importancia sólo puede prevalecer el más importante, y si son iguales, cualquiera de ambos.

18 Delimitando así el ámbito del art. 20, 7º, será difícil encontrar deberes cuyo cumplimiento dé lugar a su aplicación que no procedan de un cargo público.[9] **En principio, la ley sólo establece deberes específicos de lesionar bienes jurídicos para quienes ejercen determinados cargos públicos** —así, por ejemplo: para las fuerzas de orden público, para los Tribunales o para los funcionarios de prisiones—. *Es discutible* que haya que incluir aquí el caso de algún deber mencionado por la doctrina, como el **deber de informar de los testigos,**[10] o el **deber de denunciar los delitos** (arts. 259 y 264 LECr).

19 Estos deberes sólo serán precisos para justificar imputaciones injuriosas, no para justificar la puesta en marcha o condicionamiento de un proceso que puede acabar redundando en la lesión legítima, a través de una condena, de bienes jurídico-penales del imputado, puesto que, aun sin el deber de informar o denunciar, el hacerlo sería participar en un hecho justificado, lo cual es impune. Y en cuanto a la posibilidad de imputaciones injuriosas, depende de si se admite que una imputación con arreglo a aquellos deberes pueda ser *injuriosa*. En cambio, debe reconocerse que el art. 450 CP impone a todo ciudadano un **deber de impedir determinados delitos** que implica la lesión de algún bien jurídico-penal. Por último, parece claro que el **deber de guardar secreto** que tienen abogados, procuradores, jueces, fiscales y otras personas relacionadas con la Administración de Justicia o que intervengan en el proceso (arts. 263 LECr y 466 CP) no constituye un deber de los previstos en el art. 20, 7º.[11] El contenido *específico* de este deber no es la lesión de bienes jurídico-penales, sino que tiende en

9. De acuerdo Queralt Jiménez, RJCat 1983, p. 644, nota 2.
10. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 360 s.
11. En contra Rodríguez Devesa, PG pp. 490 s.

principio a metas lícitas; si en algunos casos puede chocar con intereses protegidos por la ley penal, justificará únicamente en cuanto se produzca una colisión de deberes en la que no sea más importante el deber de omitir la conducta lesiva que el deber que se alegue de realizarla (art. 20, 5º CP).

B) *Especial referencia a los deberes derivados de un cargo público*

20 El Derecho en general y el Derecho penal en particular suponen la posibilidad de recurrir a la coacción como medio de imponer sus normas. La ley vincula a determinados cargos el ejercicio de dicha coacción: la Policía, los Jueces y Fiscales y sus agentes, los funcionarios de prisiones, los superiores militares respecto a sus subordinados, y otras Autoridades. Cualquiera de estos cargos obliga a adoptar medidas coactivas y lesivas de bienes jurídicos ajenos en determinados supuestos: una detención ajustada a Derecho, un auto de prisión, una sentencia condenatoria, la ejecución forzosa, una sanción disciplinaria impuesta a un soldado, etc., constituyen ejemplos de actos lesivos que ampara el art. 20, 7º CP si se efectúan con arreglo a lo previsto por la ley.

21 En muchos de estos casos las condiciones de legalidad del acto se hallan previstas por el Derecho de un modo lo suficientemente preciso para que no plantee dudas excesivas su justificación. Así, por ejemplo, en principio, y salvo que constituya el delito de prevaricación, será lícita toda sentencia condenatoria dictada por un Juez o Tribunal competentes con arreglo al procedimiento legalmente establecido. En algún caso, en cambio, el deber se condiciona a la concurrencia de ciertas **circunstancias concretas de apreciación más discutible**. Es lo que sucede con respecto al **deber del uso de la fuerza por parte de la Autoridad o sus agentes** encargados de la seguridad ciudadana (art. 5, 2 c y d LO 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad[12]). No es posible describir legalmente todas y cada una de las concretas situaciones en que es preciso el uso de la fuerza para mantener el orden y la seguridad ciudadana. Hay que acudir a una **delimitación general de los presupuestos** de dicho uso de la fuerza:[13]

12. El art. 5, 2 c) de esta Ley obliga a «actuar con la decisión necesaria» «cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance». En su apartado 2 d) establece el mismo artículo: «Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior». Sobre estos límites cfr. SSTS 1 dic. 99, 18 sep. 2001, 24 dic. 2001.

13. Se trata de concretar «conceptos jurídicos indeterminados», para que puedan ser controlados judicialmente: cfr. Gómez Benítez, op. cit., p. 122.

a) Como **presupuesto subjetivo** de la eximente debe concurrir, obviamente, la **condición de Autoridad o agente de la misma** en el sujeto activo. Importa precisar que ello debe entenderse en un sentido no sólo orgánico, de posesión de la condición, sino también *funcional*, que exige que el sujeto se halle en el momento del hecho *ejerciendo su cargo* (STS 20 oct. 80). **22**

b) Los principios de **necesidad y proporcionalidad**, examinados con relación a la legítima defensa y al estado de necesidad, deben fijar los **límites objetivos** del uso de la fuerza por la Autoridad o sus agentes,[14] atendiendo para ello a las exigencias específicas del ejcicio del cargo en materia de orden público (SSTS 1682/2000 de 31 oct., 1633/2001 de 18 set., 1601/2002 de 30 set., 1810/2002 de 5 nov., 601/2003 de 25 abr., 277/2004 de 5 mar., 26/2005 de 22 en., 793/2005 de 20 jun. y 850/2006 de 12 jul.). **23**

aa) El uso de la fuerza ha de ser **necesario** para cumplir la función pública. Este es requisito básico sin el cual no nace el deber de recurrir a la fuerza, y no cabe, por tanto, estimar la eximente completa **ni incompleta**. **24**

La **jurisprudencia** ha sostenido en numerosas sentencias que es preciso que se produzca una **agresión ilegítima** por parte de aquéllos sobre los que ha de recaer la fuerza. Sin una agresión no podría apreciarse la eximente completa ni la incompleta (cfr. SSTS 14 jun. 1919, 28 mar. 30, 28 dic. 35, 6 feb. 45).[15] Sin embargo, con frecuencia estima el TS la eximente incompleta pese a faltar la agresión (SSTS 10 oct. 80, 6 mar. 61,[16]). Por último, en varias ocasiones el TS ha prescindido de la exigencia del requisito de agresión ilegítima (SSTS 1401/2005, 23 de nov. y 1218/2004, 2 de nov.).[17] La STS 20 oct. 80 consideró *definitivamente abandonada* por el TS la exigencia de agresión ilegítima. Este requisito deberá concurrir cuando el empleo de la fuerza no sea estrictamente necesario para cumplir la función pública (así, para mantener el orden público), sino, p. ej.: sólo para que una Autoridad o agente de la misma pueda hacer uso de las armas frente a quien discute con ellos. También cuando, aun siendo necesaria la fuerza para el cumplimiento de una función pública, ello no baste por sí solo para justificar la gravedad de la violencia empleada. Posiblemente sean casos dudosos como éstos los que con más frecuencia llegan a los Tribunales, y tal vez por ello, por no estar probada la necesidad de la fuerza para la función pública, exigen la agresión ilegítima. En la gran mayoría de supuestos de clara necesidad de la fuerza para el orden público no se llega a los Tribunales. Pero, en principio, si es necesaria la presencia de una agresión ilegítima, será para que pueda justificar el hecho por legítima defensa, no por la eximente de cumplimiento de un deber. **25**

---

14. En este sentido, Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 372 s.; Carbonell Mateu, Justificación, pp. 138 ss.; Queralt Jiménez, RJCat, 1983, pp. 646 ss.; el mismo, Obediencia debida, pp. 282 ss.; Queralt/Jiménez, Manual de Policía, pp. 143 ss., añadiendo atinadamente dos principios generales de toda actuación de la Administración: el de habilitación legal y el de idoneidad (pp. 644 s.). Del tenor del art. 5, 2 de la Ley Fuerzas y Cuerpos Seguridad cabe desprender todas estas exigencias. Cfr. también SSTS 9 dic. 86, 2 jul. 87.

15. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 366.

16. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 367.

17. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 367.

26 Ello significa que **la agresión ilegítima no constituye, en principio, un requisito específico de la eximente** 7ª.[18] Lo que hace nacer el deber de emplear la fuerza amparado por el art. 20, 7º es sólo que dicha fuerza resulte *necesaria para el cumplimiento de la función pública* de que se trate: por ejemplo, para detener a unos delincuentes peligrosos, para mantener el orden público en situaciones de grave perturbación, etc. (SSTS 850/2006, 12 de sept., 17/2003, 15 de en.). Lo que motiva la utilización de la fuerza no es en estos casos una agresión *a la Autoridad o sus agentes*, sino una infracción *del Derecho* que debe ser impedida o un peligro *para los demás* que ha de ser atajado. La eximente de cumplimiento de un deber no entra en juego para amparar la defensa de las personas de la Autoridad o sus agentes, sino para garantizar la defensa del Derecho y de los intereses ajenos por los que debe velar la fuerza pública.

27 La necesidad puede faltar porque *(ex ante)* no sea precisa *ninguna* clase de fuerza para realizar el cometido público de que se trate (**necesidad abstracta**), o porque, aun siendo necesario cierto grado de fuerza, no lo sea la *clase o cantidad* que se ha empleado (**necesidad concreta**). En el primer caso no cabrá de ningún modo apreciar la eximente completa ni la incompleta, mientras que en el segundo el exceso puede dar lugar a la **eximente incompleta**.[19] (STS 112/2005 de 31 en.).

28 bb) Además de necesario, el empleo de la fuerza ha de resultar **proporcionado** a la gravedad del caso.[20] Si la infracción que habría que evitar por la fuerza no es grave, la exigencia de proporcionalidad impedirá todo recurso a la violencia. Y aun siendo grave el hecho motivador de la fuerza, ésta deberá siempre mantener una cierta proporcionalidad con aquél. No es preciso que se respete el estricto límite que fija el art. 20, 5º para el estado de necesidad, según el cual el concreto mal no ha de ser mayor que el que se trata de evitar, si por «mal» se entiende el hecho típico realizado y la infracción o peligro concretos que se tratan de evitar: la existencia de un deber de salvaguardia del Derecho y de los intereses ajenos permite llegar a lesionar bienes jurídicos que aisladamente contemplados sean más importantes que la gravedad de la infracción o puesta en peligro que se evita, porque *además* está en juego la afirmación del Derecho por encima de lo injusto. Pero, aun así, deben excluirse del

18. Cfr. Quintano Ripollés, Curso I, p. 389; Queralt Jiménez, RJCat, 1983, p. 646; Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 369 (aunque admite que «de ordinario» es precisa una agresión ilegítima).

19. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 368. Carbonell Mateu, Justificación, pp. 168 ss. distingue, de forma parecida, una necesidad cualitativa y una necesidad cuantitativa. Cfr. también STS 24 jun. 88.

20. Cfr. Queralt Jiménez, RJCat 1983, pp. 646 ss.; el mismo, Obediencia debida, pp. 282 ss.; Queralt/Jiménez, Manual de Policía, pp. 143 ss. También SSTS 22 febr. 88, 6 mar. 89, 27 abr. 94.

deber las lesiones claramente desproporcionadas atendida incluso esta función de tutela del orden jurídico.[21]

c) En el uso de la fuerza por la Autoridad o sus agentes se plantea con especial frecuencia el supuesto de **errónea suposición** por parte del sujeto de la necesidad o proporcionalidad de su intervención.[22] Deben seguirse aquí las reglas generales (cfr. *supra*, Lección 16, I 5). **29**

Según esto, si el error afecta a la existencia de *alguna* necesidad de fuerza (necesidad en abstracto), que es un elemento esencial de la eximente, habrá que absolver si el error es invencible y castigar, en su caso, por imprudencia si es vencible. Pero, si concurriendo la necesidad básica de alguna violencia, falta la concreta necesidad o la proporcionalidad de tanta como se empleó, en caso de error vencible *la imprudencia debe atenuarse apreciando sobre la misma la eximente incompleta*: ésta porque concurre la necesidad básica de violencia y la imprudencia porque el concreto grado de fuerza se empleó por error vencible.[23] **30**

d) La eximente puede apreciarse **tanto en tipos dolosos como imprudentes**, es decir, tanto si el sujeto que emplea la fuerza causa voluntariamente un mal al que le obliga su deber (dolo típico), como si no quería producir una lesión tan grave como la que pretendía (quería herir en las piernas y causa la muerte del que huye), si en este caso obró dentro de su deber. Esto sucederá si el cumplimiento del deber impedía realizar con mayor precisión el empleo de la fuerza, de modo que *ex ante*, al actuar el sujeto, se comportó éste como lo habría hecho una Autoridad o agente diligente. Siendo así, es indiferente que el resultado efectivamente producido sin la voluntad del sujeto fuera objetivamente excesivo y no hubiera sido lícito provocarlo dolosamente para cumplir el deber. **31**

4. *Ejercicio de un derecho*

La ley reconoce ciertos derechos que permiten lesionar algún bien jurídico-penal. El art. 20, 7º se refiere tanto a derechos nacidos de un oficio o cargo como a los que no derivan de los mismos. Empecemos por estudiar éstos. **32**

---

21. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 373 s. La STS 6 abr. 76 estimó sólo la eximente incompleta para un disparo de un Policía Municipal sobre un delincuente contra la propiedad de no excesiva importancia, efectuado con objeto de evitar su huida. La STS 20 oct. 80 declaró que sólo cabe disparar sobre el delincuente que huye «si el delito cometido por el que huye era de capital importancia», y no «si la transgresión no era especialmente grave».

22. Ello ha motivado que se dedique un estudio monográfico al error sobre los presupuestos de una causa de justificación precisamente a partir de su incidencia en el ejercicio del cargo: cfr. Gómez Benítez, Ejercicio legítimo del cargo, p. 197 ss.

23. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 377.

A) *Derechos no procedentes de un oficio o cargo*

33 La doctrina acostumbra a estudiar aquí la problemática de las vías de hecho, el derecho de corrección y los deportes.

34 Debe excluirse de antemano el derecho a ejercer la **legítima defensa** o el **estado de necesidad**. Aunque son derechos que caben en la *letra* del art. 20, 7º, constituyen causas de justificación *específicas* que la ley diferencia de la genérica de ejercicio de un derecho.[24]

35 a) Las **vías de hecho** suponen la realización de un derecho al margen de los Tribunales y en contra de la voluntad de otra u otras personas que se oponen a ella. En algunos casos el CP excluye de ciertas figuras delictivas determinadas vías de hecho, que resultan impunes.

36 Así, la **realización de un derecho actuando fuera de las vías legales** sólo es punible cuando se efectúa con violencia, intimidación o fuerza en las cosas (art. 455 CP).[25] El apoderamiento subrepticio de una cosa del deudor por parte del acreedor, para hacerse pago con ella, no constituirá hurto (art. 234 CP) por faltar el ánimo de lucro. Tampoco será punible la **sustracción subrepticia de una cosa mueble por parte de su dueño** (o de quien actúa con el consentimiento de éste) de quien está obligado a entregársela, o incluso de su deudor para hacerse pago con ella, pues el art. 236 CP sólo castiga al dueño (o al que actúa con su consentimiento) de una cosa mueble que la sustrajera de quien la tenga legítimamente en su poder —lo que no sucede en el primer supuesto mencionado— con perjuicio del mismo —lo que no sucede en el segundo supuesto indicado— o de un tercero.

37 Por otra parte, el art. 172 CP sólo castiga como coacciones el impedir con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, lo que permite excluir de su ámbito la **defensa fáctica de derechos reales como la posesión**, que el Código civil prohíbe perturbar (art. 349, 441 y 446 CC). Téngase en cuenta que la legítima defensa resultaría insuficiente para amparar esta defensa de bienes que el art. 172 permite acertadamente cuando tenga lugar mediante coacciones no constitutivas de otras lesiones más graves (así, la expulsión a empujones del intruso de una finca que se niega a abandonarla), puesto que el art. 20, 4º no da cabida a estas agresiones de los bienes. En cambio, el art. 172 CP incluye en su tipo toda vía de hecho en la realización de derechos de carácter obligacional, porque ésta sólo puede tener lugar mediante el compeler con violencia al obligado a efectuar lo debido, y *todo* compeler violento cabe en el art. 172 CP, aunque sea a hacer una cosa justa.[26]

38 Pero en todos los casos mencionados en los cuales las vías de hecho resultan impunes esta impunidad no precisa fundamentarse en la eximente 7ª del art. 20, sino que viene determinada ya por la falta de tipicidad positiva de la conducta. Tampoco cabe invocar dicha eximente para justificar, *con carácter general*, la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos por el hecho de que tenga lugar para realizar un derecho reconocido por la ley. Que el Derecho conceda un

---

24. De diferente opinión Rodríguez Devesa, PG, p. 492.
25. Cfr. Bajo Fernández, Realización arbitraria, passim; Carbonell Mateu, Justificación, pp. 153 ss.
26. Cfr. Mir Puig, RJCat 1977, pp. 804 ss. (=ADPCP 1977, pp. 296 ss.).

derecho no significa que permita realizarlo de cualquier modo y a costa de lesionar bienes jurídico-penales: significa sólo que permite realizarlo dentro de los cauces *legítimos*.[27] De ahí que el art. 20, 7º hable de «ejercicio *legítimo* de un derecho...».[28]

39 Ello no obsta a que en algún caso, como los antes contemplados, la ley penal deje de prever en sus figuras típicas de la Parte Especial ciertas vías de hecho que se admiten como formas legítimas de defensa o cuya ilegitimidad parece insuficiente para determinar su castigo. También puede suceder que la ley confiera algún derecho con la expresa potestad de realizarlo por vía de hecho. Es el caso de las **facultades que se atribuyen a los padres y tutores** para ordenar la conducta de los hijos o pupilos que se hallan bajo su patria potestad o tutela (arts. 154 y 268 CC).

40 No cabe reconocer, en cambio, **ningún derecho del marido sobre la mujer** que pueda ser realizado **por vía de hecho**. El antiguo texto del art. 57 CC, que imponía la obligación de la mujer de obedecer al marido, fue derogado por la ley de 2 mayo 1975, y el art. 32 de la Constitución de 1978 establece la «plena igualdad jurídica» de los cónyuges. No cabe, pues, alegar la eximente del art. 20, 7º para justificar la violación de la propia esposa. Una vez suprimida también la obligación de la mujer de seguir al marido en donde éste fije unilateralmente su domicilio, no cabe ya ninguna duda de que el forzarla a hacerlo constituirá el delito de detenciones ilegales —solución ésta que ya era la correcta bajo la vigencia del anterior art. 58 CC, porque el deber de la mujer de seguir al marido no implicaba tampoco la facultad del marido a imponer su cumplimiento por su cuenta, a pesar de que la jurisprudencia se había negado a estimar la presencia del delito de detenciones ilegales salvo cuando concurrieran además malos tratos innecesarios.[29]

41 b) El **derecho de corrección** permite a los **padres y tutores** corregir moderadamente a sus hijos o pupilos que se encuentren bajo su patria potestad o tutela en beneficio de los hijos y con respeto a su integridad física y psicológica (arts. 154, II y 268 CC). Requisitos del ejercicio de esta facultad son la **necesidad** y **proporcionalidad**[30] en orden a la *finalidad educativa* y al *bien del menor* (todo ello a valorar *ex ante*).

42 El **límite máximo** de la facultad de corrección es el respeto de la integridad física y psicológica del menor o pupilo (arts. 154, II y 268 CC). Ello impide desde luego toda **lesión en sentido estricto (**en el sentido de la rúbrica del Título III del Libro II y del 617, 1 CP), corporal o psíquica dolosa, pero no necesariamente bofetadas u otros maltratos menores de obra, sin lesión (y, por tanto, sin afectar a la "integridad" física o psíquica en sentido estricto), que constituirían el delito del art. 153 CP si no estuvieran justificadas por el bien del

27. La STS 7 abr. 80 proclama, en este sentido, «el principio de proscripción de las vías de hecho».
28. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 363; Rodríguez Devesa, PG, p. 492; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 472 ss. (aunque estos dos autores entienden «legítimo» en un sentido más amplio, como equivalente a «jurídico»).
29. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 363 s.
30. Se refiere a la «necesaria proporción» Rodríguez Devesa, PG p. 494.

menor.[31] Los **excesos relativos** pueden motivar la apreciación de la **eximente incompleta**, aunque el **TS** ha oscilado más bien entre la condena plena o la eximente completa.[32] Cabe imaginar frecuentes problemas de **error**, tanto sobre los presupuestos del tipo negativo como acerca de los límites de la permisión, que habrá que resolver según las reglas generales: imprudencia si el error es vencible, e impunidad si es invencible; la imprudencia puede verse atenuada, además, por la **eximente incompleta**, si además del error hay un exceso relativo (cfr. *supra*, Lección 16, I 5). No hace falta añadir que ***sin finalidad educativa*** *no cabe exención completa ni incompleta*.

43 ¿Cabe la **corrección de niños ajenos** acudiendo a castigos moderados? El problema se plantea respecto a los **maestros**, pero también respecto a **otras personas** en ausencia de los padres o tutores. La doctrina y la jurisprudencia dominantes en Alemania van abandonando la concepción tradicional que admitía un derecho de corrección para los maestros basado en el *Derecho consuetudinario*.[33] La corrección de niños ajenos por otras personas se condiciona a la *delegación o consentimiento* de los padres o tutores, sean expresos o presuntos, aparte de los casos de legítima defensa o estado de necesidad.[34] Respecto a los maestros el problema corresponde al ámbito de los derechos derivados de un oficio o cargo, que se estudiará más adelante. En los demás casos habría que distinguir entre **correcciones mínimas socialmente adecuadas y castigos de mayor entidad**.

44 aa) Entre **las primeras** contaría, por ejemplo, el impedir a un niño muy pequeño hacer algo inconveniente, aunque no llegue a motivar legítima defensa de alguien, el regañarle por algo mal hecho, etc. Se trata de intervenciones que, si se hacen con finalidad educativa y respetando los principios de necesidad y proporcionalidad, *deben admitirse con independencia de si concurre o no delegación o consentimiento expresos o presuntos de los padres o tutores*: las mínimas injerencias que suponen en la esfera del niño más se consideran socialmente un «bien» para él que un auténtico mal —en determinadas situaciones

31. Según Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 476 s., el derecho de corrección paterno debe interpretarse «muy restrictivamente» a la vista del art. 15 de la Constitución. En la misma línea de evolución restrictiva debe situarse la derogación del último párrafo del anterior art. 420 CP por obra de la reforma de junio de 1983, párrafo que sustraía de la agravación de las lesiones graves entre ascendientes y descendientes a las causadas por el padre «excediéndose en su corrección»: cfr. Muñoz Conde, en Quintero/Muñoz Conde, La reforma penal, de 1983, 1983, p. 137. En el mismo sentido ha de interpretarse el art. 153 CP, que procede de 1989, que castiga, entre otros supuestos, el de ejercer violencia física habitualmente sobre hijos sometidos a patria potestad o pupilos sometidos a tutela o guarda de hecho.

32. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 362; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 477, siguiendo a Orts Berenguer, Atenuante de análoga significación, 1978, p. 124, admiten además la atenuante analógica si el exceso es muy grave.

33. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 542 s. (4ª ed. alemana, § 35 III 2); Maurach/Zipf, AT, § 28 IV 27.

34. Cfr. Maurach/Zipf, AT, § 28 IV 29; Antón Oneca, PG, p. 255; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 477.

puede considerarse más negativo el abstenerse de intervenir por comodidad—. La impunidad puede fundarse aquí o bien en la *«adecuación social»* de la conducta cuya escasa relevancia podría excluir el tipo, o bien la presencia de un *estado de necesidad*, puesto que, siendo necesaria la corrección, su carácter de mínima gravedad y aceptación social impedirá entender, sin lugar a dudas y con independencia de lo que opinen los padres o tutores, que constituye un mal mayor que el que se trata de evitar (art. 20, 5º CP).

45 bb) Los **castigos más graves** (así, por ejemplo, el encierro del niño en una habitación durante largo rato) *sólo* podrán inferirse, si son necesarios y proporcionados, *por delegación o con consentimiento de los padres o tutores*. Es preciso aquí el apoyo del derecho de corrección de los padres o tutores, que sólo se traslada a otras personas cuando se les delega o cuando se consiente expresa o tácitamente que lo ejerzan. No cabe aquí fundar la exención en el estado de necesidad, puesto que, tratándose de castigos de cierta gravedad, la Sociedad deja en manos de los padres o tutores la decisión de si serán o no beneficiosos para la educación de sus hijos o pupilos —con los límites, claro está, señalados más arriba al derecho de corrección—. Ello no obsta, desde luego, a la posibilidad de legítima defensa o estado de necesidad cuando exista peligro para alguien o para el niño mismo.

46 c) Los **deportes** se consideran, a veces, actuaciones que permiten, por ejercicio de un derecho, producir determinadas lesiones jurídico-penales. Se menciona el boxeo, el rugby, el fútbol, etc. No cabe duda de que se trata de actividades *permitidas*, siempre que se respeten las reglas del juego. Así se desprende del art. 43, 3 de la Constitución de 1978, que obliga a los Poderes públicos a fomentar el deporte, y de la Ley del Deporte de 1990.[35] Más discutible es si la licitud de los deportes proviene de que confiere un «derecho» en el sentido del art. 20, 7º, o si ha de fundamentarse por otros caminos. La primera solución sólo es posible para los casos en que el deporte se practica con estricta observancia de las reglas permitidas por el Estado, pero deja sin resolver los casos en que se infringe el reglamento deportivo dentro de lo corriente en el juego.[36] Aunque las faltas deportivas con frecuencia implican malos tratos y hasta lesiones, nadie puede pensar que deban someterse a castigo penal en cuanto no excedan de lo «normal» en el juego.[37] Para eximir en estos casos habrá que acudir a las ideas de *«adecuación social»* y de *«insignificancia»* de la conducta, que permitirán excluir ya la tipicidad del hecho.

35. Cfr. Rodríguez Devesa, PG pp. 494 s.

36. Cfr. Paredes, ADPCP 1990, pp. 651, 653 s.

37. Cfr. García Valdés, CPC nº 39 (1989), p. 705, y ADPCP 1993, p. 967, alegando en este sentido el art. 73 de la Ley del Deporte (Ley 10/1990, de 15 de nov.), que considera a las infracciones de las reglas del juego o competición infracciones administrativas (no penales).

Pero ello presupone la intervención de otro principio: el *consentimiento de la víctima*. Sin el consentimiento en participar en el deporte no cabe ni considerar presente un «derecho» en el sentido del art. 20, 7º, ni socialmente adecuada la práctica del deporte. Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien obliga a otro a boxear, que sin duda será punible por los malos tratos o lesiones que produzca.

47 El consentimiento bastaría por sí solo, en la mayoría de los casos, incluso para las lesiones imprudentes que constituyan «delito» puesto que en tales lesiones, no existe el obstáculo que a efectos de admisión del consentimiento supone el art. 155 CP (que sólo permite que éste *atenúe* la pena). Pero puede suceder que quien es objeto de una determinada falta lesiva «normal» (p. ej.: una patada dolosa en un partido de fútbol) no haya consentido en dicha falta concreta —aunque en principio cabría partir de que el aceptar el juego supone consentir en el riesgo de que se produzcan hechos así con los que cabe contar—[38] También es posible que algún deporte muy violento, como el boxeo, produzca lesiones dolosas que constituyan «delito», en cuyo caso el art. 155 CP obstaculizará la exención en base al sólo consentimiento.[39]

B) *Derechos procedentes de un oficio o cargo*

48 *a)* Se acostumbra a incluir aquí los derechos derivados de la profesión médica y de la abogacía. También cabe hacer referencia a los maestros. Estas profesiones suponen la realización de actos previstos en varios tipos de delito: intervenciones quirúrgicas, internamientos coactivos en establecimientos psiquiátricos, etc., en el médico, imputaciones que afecten al honor de alguna persona en el abogado y algunas medidas que afectan a la libertad de los alumnos en el maestro. Importa insistir en que la eximente 7ª del art. 20 sólo precisará entrar en funciones cuando los actos profesionales de que se trate realicen efectivamente un tipo. Habrá que excluir previamente las conductas cuya tipicidad pueda negarse por razones previas. Por otra parte, se plantea el problema de los actos profesionales realizados correctamente por una persona a la que falta la calidad subjetiva de profesional. A continuación examinaremos ambos aspectos con relación al tratamiento médico, ámbito especialmente importante en esta materia.

---

38. Tiene razón Zipf, en Maurach/Zipf, AT § 17 II 20, al considerar insuficiente la idea del consentimiento, que obligaría a comprobar su concurrencia caso por caso, para explicar la licitud de las lesiones normales en un fenómeno social tan extendido como el deporte, por lo que reclama aquel autor acudir a la figura de la «adecuación social», que permite enjuiciar el nivel de riesgo permitido con carácter objetivo y con independencia de la opinión de cada deportista. Cfr. también en esta línea Deutsch, Welzel-Fest., pp. 219 s.

39. Antón Oneca, PG p. 261 sugiere añadir la consideración de un elemento consuetudinario («un verdadero desuso del precepto penal»), pues la opinión pública, incluso de las autoridades y agentes presenciales, no cree necesarias más que sanciones deportivas.

b) *Especial consideración del tratamiento médico-quirúrgico*

49 aa) Las intervenciones quirúrgicas parecen realizar los tipos de **lesiones**. En este sentido, la doctrina tradicional en España y nuestra jurisprudencia creen necesario justificar estos tipos acudiendo a la eximente del art. 20, 7º.[40] Sin embargo, la doctrina alemana y un sector de la española excluye de los tipos de lesiones las **intervenciones curativas practicadas con arreglo a la *lex artis* y con resultado positivo**. Se entiende, correctamente, que en estos casos la consideración global de la salud del paciente impide afirmar que se le ha menoscabado (*lesionado)*, porque, al contrario, ha resultado *mejorada*.[41]

50 En el CP español ello puede fundamentarse tanto mediante una interpretación atenta al **bien jurídico** protegido, que no resulta dañado sino beneficiado, como a través de la interpretación del **término «lesiones»**, que emplea la ley para designar estos delitos, en referencia al estado global del paciente y no tomando sólo en consideración los menoscabos particulares que produce toda intervención. Cabe, asimismo, la vía de negar la **imputación objetiva** del resultado en sí mismo lesivo de una intervención en definitiva positiva, si ésta supone una «*disminución del riesgo*»: se produce aquí un supuesto parecido al de quien desvía un golpe dirigido a un órgano vital de otro hacia otra parte menos importante de su cuerpo, caso en el que hoy se niega la imputación objetiva del resultado pese a su indudable causación.[42]

51 Más discutible es si las intervenciones curativas *correctamente* efectuadas pero **con resultado fallido** realizan o no el tipo que prevé la lesión o muerte producida. La finalidad curativa del médico excluirá, sin duda, el dolo directo, puesto que quien quiere curar no busca lesionar ni puede saber seguro que lesionará,[43] pero no necesariamente el dolo eventual (en intervenciones de gran riesgo). Y, sobre todo, se plantea la cuestión de si concurre el tipo imprudente. Un sector doctrinal niega su presencia entendiendo que las intervenciones practicadas correctamente con arreglo a la *lex artis* no infringen en ningún caso el cuidado debido.[44] Otra vía posible es eximir en virtud del *consentimiento* del paciente.[45] Una solución intermedia podría admitir la exclusión del tipo por observancia del cuidado debido en las intervenciones *poco peligrosas* y requerir el consentimiento para la exención en las *más arriesgadas*. En éstas resulta dudoso que no se alcance aquel grado de peligrosidad para un

40. Cfr. sobre este estado doctrinal y jurisprudencial Romeo Casabona, El médico, pp. 46 ss., 66 ss.

41. Para la doctrina alemana cfr. Jescheck, Tratado, p. 317, y Maurach/Zipf, AT, p. 242. En la doctrina española: Romeo Casabona, El médico, pp. 271 ss.; Antón Oneca, Notas críticas, p. 791; Rodríguez Devesa, PG, p. 497; Ferrer Sama, Comentarios I (1946), pp. 245 ss.; Berdugo, Lesiones, pp. 31 ss.; Jorge Barreiro, CPC 1982, p. 12; García Arán, Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 260 s.

42. Cfr. supra, Lec. 10 I 3 A a). En el tema de las intervenciones quirúrgicas se refiere a este principio de la «disminución del riesgo», pero sigue otra vía para negar la tipicidad: Romeo Casabona, El médico, p. 129.

43. Cfr. Romeo Casabona, El médico, p. 273.

44. Así Romeo Casabona, El médico, p. 273; Jorge Barreiro, op. cit., p. 12. También Gimbernat, Estudios, p. 145.

45. Así Berdugo, Lesiones, pp. 36 ss., considera que el consentimiento excluye el tipo objetivo, por entender que en las lesiones se protege sólo la salud personal en cuanto a la capacidad de disposición del sujeto sobre la misma. Si no concurre consentimiento, entiende que faltará la imputación objetiva cuando el tratamiento médico se ajuste a la lex artis, por tratarse de una conducta que queda fuera de la finalidad de protección de la norma del tipo de lesiones. También Muñoz Conde, PE, 11ª ed., p. 105, requiere el consentimiento.

bien jurídico que hace a la acción penalmente relevante y que requiere la presencia de otras razones que permitan correr dicho riesgo. El consentimiento puede ser una de estas razones. Pero si el consentimiento falta —o si no se admite la eficacia autónoma del consentimiento— se plantea el problema de qué tratamiento jurídico-penal es el procedente. De esto nos ocuparemos más abajo.

52 Por lo que se refiere a las **intervenciones médicas no curativas**, como las efectuadas por razones meramente **estéticas**, sin indicación terapéutica, habrá que negar que realicen un tipo de lesiones siempre que produzcan un resultado que socialmente se considere *positivo*, porque no cabrá hablar entonces de «lesión», aunque no supongan una mejora de la salud. Cuando el resultado sea *fallido* o se produzca algún accidente (p. ej., la muerte por causa de la anestesia), pese a haberse realizado correctamente la operación, volverán a plantearse las posibilidades mencionadas en el párrafo anterior para las intervenciones curativas correctas pero fracasadas. En las intervenciones que no persigan un resultado «positivo» para el paciente (como las de **extracción de órganos** de una persona para trasplantes, transfusiones, investigación, etc.) la impunidad deberá ampararse en el consentimiento, cuando sea eficaz (así, expresamente, respecto a los trasplantes, art. 156 CP).[46]

53 ¿Qué ocurre, con carácter general, si **falta el consentimiento del paciente**? Según el planteamiento efectuado, cuando falte la tipicidad del delito de lesiones por ausencia de «lesión» o por imposibilidad de imputarla a una conducta suficientemente peligrosa, la falta de consentimiento sólo podrá dar lugar a otro tipo de delito: el de **coacciones** del art. 172 CP —además de otros eventualmente concurrentes, como detenciones ilegales—. Más discutible es la solución de los casos de resultado *fallido* típicos cuando falte el consentimiento.

54 Caben aquí dos alternativas: 1ª admitir la **justificación de las lesiones** producidas por las intervenciones correctas pero fracasadas, en virtud de la eximente del art. 20, 7º por ejercicio de oficio o cargo, o de alguna otra causa del art. 20 como la de estado de necesidad, pero estimar la presencia de un **delito de coacciones** (art. 172 CP); 2ª **rechazar la justificación de las lesiones** producidas, salvo en algunos casos de urgencia y gravedad en que la intervención pueda ampararse en un estado de necesidad, por entender que, fuera de este caso, el art. 20, 7º sólo ampara el ejercicio *legítimo* del oficio o cargo y sin consentimiento del paciente el médico no puede ejercer legítimamente su cargo.

55 Mientras que la jurisprudencia española (como la alemana) y una importante parte de nuestra doctrina se inclinan por la segunda solución y exigen el consentimiento para excluir el delito de lesiones (u homicidio) en base al ejercicio legítimo de la profesión (art. 20, 7º),[47] la doctrina dominante alemana y un sector de la española defienden la solución de estimar sólo un delito de coacciones.[48] Se discute por otra parte si la oposición del paciente ha de impedir

---

46. El Reglamento sobre hemodonación considera también eficaz el consentimiento, por lo que en este caso podrá entenderse concurrente un derecho reconocido por una norma no penal, que justificará según el art. 20, 7º CP: así Romeo Casabona, El médico, p. 289.

47. Cfr. especialmente la STS 10 mar. 59. También la Memoria del Fiscal del TS de 1973. En la doctrina: Cuello Calón, PG, p. 397. Ferrer Sama, Comentarios, I, pp. 245 ss.; Cobo, ADPCP 1964, pp. 243 ss.; Puig Peña, Derecho penal, PG I, 6ª ed., p. 373; Gimbernat, Notas al Tratado de Quintano, pp. 795 ss.; Muñoz Conde, PE, 11ª ed., p. 105.

48. En este sentido: Antón Oneca, Notas Críticas, p. 791 y PG, p. 260; Jiménez de Asúa, Tratado IV, p. 683; Rodríguez Devesa, PG, p. 498; Romeo Casabona, op. cit., p. 288 s.; Berdugo, Lesiones, p. 40.

o no la justificación por estado de necesidad del tipo que se admita (lesiones o coacciones) si concurre una situación de urgencia y gravedad.[49]

56 La discusión se centra, pues, en los casos en que no cabe acudir a un estado de necesidad para amparar las intervenciones peligrosas y fallidas practicadas sin consentimiento. Resulta preferible entender que *no constituyen meras coacciones, sino homicidios o lesiones imprudentes*. Me parece difícilmente admisible considerar que en tales supuestos la persona lesionada o muerta por haber sido sometida contra su voluntad, y sin que lo justifique un estado de necesidad, al peligro de la intervención, sólo ha sido objeto de un atentado contra su libertad de obrar y no contra su salud o vida.[50] El caso me parece comparable al siguiente: alguien es obligado a ocupar el puesto de la persona sobre la que en un circo lanza sus puñales uno de los artistas y resulta alcanzado gravemente a pesar de la habilidad del lanzador: ¿se admitiría aquí castigar a éste sólo por coacciones y no por lesiones u homicidio imprudente? La finalidad curativa no puede cambiar las cosas si no basta para justificar el hecho por estado de necesidad.

57 bb) ¿Qué tratamiento merecen las actuaciones médicas *correctamente* realizadas por **alguien que carece de la condición legal de médico**? Si objetivamente realiza la misma conducta que efectuaría el médico, ¿cabe castigarle por ello? Es evidente que el realizar actos propios de una profesión careciendo de las condiciones legalmente requeridas constituye un **delito de intrusismo** (art. 403 CP). La cuestión que se plantea es si, además, debe castigarse al intruso por un delito de lesiones, homicidio, etc., que en cambio hemos negado para el médico. Ello se plantea, p. ej., cuando el intruso practica una intervención quirúrgica, que afecta siempre a la salud y que, pese a realizarse correctamente, puede producir además lesiones o muerte. Afirmar la responsabilidad penal del intruso por estos conceptos cuando actúa igual que el médico, resulta insatisfactorio. Téngase en cuenta que un intruso sólo podrá realizar una operación correcta cuando tenga suficientes conocimientos de Medicina y ello tendrá lugar normalmente en personas que se hallan en posesión de un título no reconocido en nuestro país, estudiantes de últimos cursos que practican pequeñas intervenciones o, en todo caso, curanderos con experiencia. El planteamiento aquí recogido, que niega la tipicidad de lesiones en las operaciones curativas correctas y

---

49. Cfr., a favor de admitir estado de necesidad los autos del TS de 14 mar. 79, 22 dic. 83 en 84, que admitieron la imposición de una transfusión de sangre contra la voluntad del paciente (testigo de Jehová). En contra Cobreros, Tratamientos, pp. 295 ss., 318; Bueno Arús, Consentimiento, pp. 162 ss. Cabe también negar la licitud del tratamiento médico contra la voluntad del paciente en general y admitirla, en cambio, en algunos casos como los de intervención para evitar un suicidio o para interrumpir una huelga de hambre: así Bajo, CPC nº 25 (1985), pp.135-138, Luzón, Estado de necesidad pp. 72 ss. En contra, en principio, pero admitiendo excepciones, Díez Ripollés, CPC nº 30 (1986), pp. 650 ss.

50. A la vista de la escasa pena prevista para el delito de coacciones, muchos de quienes acogen esta calificación piden o bien una nueva figura de «tratamiento médico arbitrario», o bien una agravación para estos casos del delito de coacciones. En el primer sentido, p. ej, Jescheck, Tratado, p. 317 y Maurach/Zipf, AT § 17 III 52 in fine, y el § 110 StGB austríaco (sobre éste cfr. Zipf, en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina, pp. 153 ss.). En el segundo sentido, Romeo Casabona, El médico, p. 289. Sobre el problema cfr. Jorge Barreiro, CPC 1982 pp. 17 s.

con éxito, y en otras muchas, por faltar una «lesión» o no ser imputable a una conducta suficientemente peligrosa, resuelve favorablemente estos problemas también respecto al intruso, que al faltar la tipicidad no será tampoco punible (salvo por el delito de intrusismo). Faltando el consentimiento, cabe también el mismo tratamiento propuesto más arriba para el médico.

II. La obediencia debida

58 1. Según el **art. 8, 12º del anterior CP**, estaba exento de responsabilidad penal «el que obra en virtud de obediencia debida». No era fácil la distinción de esta eximente respecto de la de cumplimiento de un deber. Ya se señalaba en las ediciones anteriores de esta obra que, si la obediencia había de ser «debida», había de admitirse que quien la presta cumple con un *deber* derivado de su cargo, deber que cabría en la eximente de cumplimiento de un deber. El anterior art. 8, 12º constituía, en realidad, un precepto *innecesario*.[51] El actual CP lo ha suprimido.

59 2. ¿Cumple un deber sólo quien cumple una orden ajustada a Derecho o también existe en algunos casos el deber de cumplir determinadas **órdenes antijurídicas**? La doctrina española se hallaba dividida en cuanto a si en estos últimos casos existía «obediencia debida»,[52] mientras que la jurisprudencia se inclinaba como regla en favor de la segunda opción.[53] Ésta parece la interpretación preferible. Por de pronto, el art. 410 CP, básico en esta materia, castiga la desobediencia de los mandatos de la Autoridad competente que no sean *manifiestamente* antijurídicas. En seguida estudiaremos el alcance del deber de obediencia a órdenes antijurídicas que ello supone.

60 Existe, pues, deber de obedecer ciertas órdenes antijurídicas. Pero es seguro que *no toda* orden antijurídica genera deber de obediencia. Para que este deber nazca es preciso que concurran determinados requisitos de forma y de contenido. Veámoslos.

---

51. En este sentido Queralt, Obediencia debida, p. 448, que considera a la obediencia debida como una «variante de la eximente de cumplimiento de un deber».

52. En favor de la primera alternativa (sólo órdenes ajustadas a Derecho) se manifestaron Viada, Aramburu, Jaramillo, Cuello Calón, etc. Defiende esta postura Vives Antón, Obediencia debida, p. 145. En favor de la segunda opción (también órdenes antijurídicas) la doctrina dominante: Silvela, Rueda, López Rey, Antón Oneca, Quintano Ripollés, Ferrer Sama, Del Rosal, Rodríguez Devesa, Córdoba Roda, Muñoz Conde, Queralt Jiménez. Cfr. Díaz Palos, Obediencia debida, pp. 197 ss.

53. Aunque en algunas sentencias se exige la legalidad de la orden, ello se hace porque falta la mínima competencia formal en el órgano y no sólo la legalidad del contenido de la orden. Exige que el mandato sea legítimo la STS 25 feb. 86.

3. *Requisitos de forma*

61 La jurisprudencia suele requerir la **competencia** del órgano del que emana la orden (así la STS 4 de nov. 1994 y SAP Cadiz, 6ª, 149/2005, 22 de abr.). La doctrina acostumbra a exigir también la competencia y las **formalidades legales**, aunque se admita que no es precisa la adecuación a Derecho del contenido de la orden. Ello puede basarse en el art. 410 CP, que si bien castiga la desobediencia de ciertas órdenes antijurídicas (las que no lo sean manifiestamente), lo condiciona en todo caso a que las mismas hayan sido «dictadas dentro del ámbito de su respectiva *competencia* y revestidas de las *formalidades legales*». Pero, ¿es posible que algún órgano tenga competencia para dictar una orden antijurídica, aunque no lo sea manifiestamente?

62 Para resolver esta cuestión, en la doctrina alemana se ha elaborado la distinción entre **competencia concreta** y **competencia abstracta**,[54] distinción acogida por un sector doctrinal español.[55] El Derecho no concede a nadie competencia *concreta* para dictar una orden antijurídica que constituya delito, porque la competencia concreta se refiere al concreto acto de que se trate. Para la competencia *abstracta* basta, en cambio, que el acto ordenado pertenezca a la clase de los que normalmente puede ordenar el órgano. Así, una sentencia injusta, pese a su ilegalidad en concreto, entra dentro de la *clase* de actos (sentencias) que puede realizar un Juez o Tribunal. Esta especie de competencia abstracta es la única necesaria para que una orden genere deber de obediencia. Deberá concurrir tanto en el que dicta la orden como en quien la ha de cumplir.

63 Por lo que se refiere a las **«formalidades legales»**, hay que tener en cuenta que existen defectos *inesenciales* que la legislación administrativa no considera suficientes para determinar la nulidad ni la anulabilidad del acto (art. 63, 2 y 3, Ley 30/1992, de 26 de nov., de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Tales defectos no pueden excluir ni la competencia ni las formalidades legales requeridas por el art. 410 CP y necesarias para la eximente de cumplimiento de un deber.

64 La *consecuencia* de la falta de competencia en la orden es, según el TS, la imposibilidad de estimar no sólo la eximente completa, sino también la **incompleta** (art. 20, 1º CP). Ello no obsta a que en alguna ocasión se haya apreciado la atenuante de arrebato y obcecación (actual art. 21, 3ª CP).

54. Cfr. Stratenwerth, op. cit., p. 105.
55. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 390, y Rodríguez Devesa, PG, p. 516.

4. *Requisitos de contenido*

65 Admitido que no sólo las órdenes ajustadas a Derecho dan lugar a «obediencia debida», importa determinar qué contenido debe tener una orden antijurídica para que haga nacer el deber de obedecer. En este punto existen en la actualidad dos corrientes doctrinales fundamentales. Por una parte, la que llamaremos **«teoría de la apariencia»**, que considera suficiente y necesario que la orden *no* sea *manifiestamente* antijurídica. Por otra parte, la que podríamos calificar de **«teoría de la nulidad»**, porque juzga necesario (y suficiente) que la orden *no sea nula* de pleno derecho.

66 a) La **«teoría de la apariencia»** se apoya en el art. 410 CP. Como ya sabemos, este precepto castiga a las autoridades o funcionarios que «se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la Autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales», salvo que el incumplimiento se refiera «a un mandato[56] que constituya una infracción *manifiesta, clara y terminante* de un precepto de Ley o de «cualquier otra disposición general». Este precepto vendría a limitar el deber de obedecer las órdenes no manifiestamente antijurídicas. El carácter vinculante de la orden dependería del carácter manifiesto o no manifiesto de su antijuridicidad, es decir, de su *apariencia* de legalidad.[57]

67 Comparto esta interpretación, según la cual el art. 410 CP consagra el principio de la apariencia: en dicho precepto la obligatoriedad de la orden no se condiciona a la juricidad *intrínseca* de la orden, sino a su apariencia de legalidad. Aunque la orden sea gravemente antijurídica y constituya delito, deberá obedecerse bajo pena salvo que ello no resulte «manifiesto» *ex ante*, en el momento de su cumplimiento. Téngase en cuenta que en muchos casos un delito, aunque sea grave, puede resultar de difícil apreciación para el subordinado en el momento en que recibe la orden, y viceversa, una ilegalidad menor puede aparecer a veces como evidente desde el primer instante.

68 Esto no significa que los casos más graves de la ilegalidad de una orden no suelan resultar evidentes («manifiestos»). Así sucederá con las órdenes de

---

56. Puede entenderse que el término «mandato» no alcanza a las «resoluciones judiciales» a que empieza por referirse el art. 410 CP, de modo que la desobediencia a las mismas sería *siempre* delictiva.

57. Así Antón, PG, p. 273; Rodríguez Devesa, PG, pp. 522 ss.; Díaz Palos, Obediencia debida, pp. 197 s. En contra Vives Antón, Obediencia debida, pp. 145 s., entendiendo que el art. 410 sólo afirma la tipicidad de la desobediencia de una orden no manifiestamente antijurídica, pero no impide que «siempre» pueda justificarse por cumplimiento de un deber. Pero ¿qué sentido tendría una conducta típica «siempre» justificada?

cometer un homicidio o de infligir torturas, o las de realizar delitos contra la honestidad, de cohecho, etc.[58]

69 ¿Para quién debe aparecer como «manifiesta» o no la antijuridicidad de la orden? ¿Para el subordinado u objetivamente, es decir, para el hombre medio situado en la posición del subordinado? Hay que seguir aquí el criterio general que se maneja a efectos de imputación objetiva en la teoría de la adecuación: debe decidir el punto de vista del hombre medio imaginado en el momento de la acción *(ex ante)* y con los conocimientos especiales que pueda tener el autor en dicha situación. Ello significa que deberá tenerse muy en cuenta el *conocimiento de datos* que tenga el subordinado que para el hombre medio en su situación harían manifiesto el carácter delictivo de la orden. No significa, en cambio, que sea decisiva la mera *opinión* del subordinado acerca de la antijuridicidad de la orden ni de su carácter manifiesto. Si el autor *cree* que es manifiestamente antijurídica una orden que objetivamente no se presenta *ex ante* como tal, no cabe dejar de tener en cuenta que objetivamente existe obediencia debida, aunque deba castigarse al subordinado por **falta del elemento subjetivo de justificación** (cfr. *supra* Lección 16 I 4B) —en cambio, deberá quedar impune totalmente el subordinado que cumple una orden que *cree* (no que sabe por datos que conoce) antijurídica, pero que acertadamente ve que ello no es manifiesto ni aun teniendo en cuenta los datos que él sabe. Por otra parte, igual como sucede en la teoría de la adecuación, el desconocimiento por parte del autor de una antijuridicidad que con sus datos el hombre medio reputaría manifiesta, no obsta a la imposibilidad de alegar la obediencia debida, sin perjuicio de que entonces resulten aplicables las reglas generales del **error sobre un presupuesto típico de una causa de justificación** (si el error es vencible, imprudencia, y si es invencible, impunidad).

70 *b)* La que llamamos **«teoría de la nulidad»** funda el deber de obediencia en las normas administrativas que regulan con carácter general la validez de los actos administrativos. Sólo podrá ser vinculante —se arguye— la orden que pueda desplegar efectos con arreglo al Derecho administrativo. Éste no será el caso de las órdenes *nulas* de pleno derecho, que serían las producidas por alguno de los actos mencionados en el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de nov., de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entre otros los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente, o prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional o sean constitutivos de infracción penal. Dejando aparte los requisitos de competencia y forma, también necesarios según el art. 410, 1 CP, del precepto citado se derivaría la importante consecuencia de que nunca podría ser vinculante una orden constitutiva de delito, y ello con independencia de si resulta o no manifiesto —contra lo que hemos mantenido a la vista del art. 410 CP—. El obstáculo que supone el hecho antes mencionado de que el art. 410 CP sólo excluya de responsabilidad penal al funcionario que incumple una orden manifiestamente antijurídica y

58. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 522.

no mencione a la que constituye delito que no lo sea manifiestamente, se intenta soslayar por esta corriente doctrinal alegando que el art. 410, 1 CP sólo castiga al que se negare a prestar el «debido cumplimiento» a una orden, y que nunca será «debido» al cumplimiento de una orden nula de pleno derecho según la legislación administrativa. Como órdenes no manifiestamente antijurídicas que deben obedecerse quedarían solamente las anulables y las que cuenten con meras irregularidades formales (art. 63 Ley 30/1992).[59]

71 En contra de esta importante construcción cabe efectuar, sin embargo, reparos decisivos, tanto de orden material como formales:

72 aa) **Materialmente** no resulta satisfactorio, atendidas las **necesidades de la función pública**, que el subordinado pueda desobedecer las órdenes de sus superiores si en el momento en que se pretende su cumplimiento no adolecen de antijuridicidad *manifiesta*: en caso de duda no debe decidir el inferior, sino el superior.[60] Habida cuenta de la complejidad jurídica que a menudo encierran los actos administrativos, lo contrario supondría la posibilidad de interrumpir constantemente el ejercicio de la función pública y trasladar la decisión acerca de las órdenes al subordinado. No debe ser excepción de este principio el supuesto de que la orden constituya delito. La mayor gravedad *intrínseca* de este caso no implica necesariamente que *ex ante*, en el momento de tener que cumplir la orden, aparezca de forma más *manifiesta* su antijuridicidad. Así, el funcionario ejecutivo que procede a cumplir una orden de detención formalmente correcta difícilmente podrá saber con claridad si dicha orden persigue privar de libertad a un inocente, o no. Tampoco es suficiente apelar, en casos como éste, a las reglas *generales* sobre el error, pues importa rodear a las decisiones de la Autoridad formalmente válidas de una *presunción de legalidad*.[61] No cabe desconocer que frente a tales decisiones no es posible exigir el mismo *deber de control de legalidad* que existiría si la decisión tuviese otro origen.

73 Aunque la ley no condicionase la exclusión del deber de obediencia al carácter manifiesto de la antijuridicidad de la orden, la misma conclusión debería alcanzarse mediante una construcción del error que atendiese a las particulares circunstancias de la relación jerárquica: sólo debería reputarse *vencible* (y, por tanto, punible) el error del funcionario que cumple una orden *manifiestamente* antijurídica. La doctrina alemana ha alcanzado un resultado parecido, pese a no considerar jurídicamente vinculante la orden que constituye delito, considerando *exculpante* la obediencia de una orden cuya antijuridicidad *no* sea *reconocible* o *evidente*, según los casos, por el subordinado.[62]

74 La solución materialmente adecuada a la realidad y exigencias de la función pública tiene que conducir, pues, a mantener que debe eximir toda orden que no se presente *ex ante* con una *apariencia cualificada* de ilegalidad —una apariencia mayor que la que normalmente se exigiría para considerar vencible el error—. *Dogmáticamente* ello permite dos soluciones: a) considerar que, faltando *ex ante* aquel grado de apariencia de antijuridicidad,

---

59. Esta corriente doctrinal se inició por Cerezo Mir, REP 1966, pp. 341 ss. También Córdoba, Comentarios I, pp. 392 ss.; Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 306 ss.

60. Cfr. Pacheco, I (1848), p. 189; Rodríguez Devesa, PG, p. 525.

61. Cfr. Queralt, Obediencia debida, p. 420. Evidentemente, esta presunción desaperece cuando se trata de órdenes como la de «tirar a matar»: vid. Queralt, ibidem, p. 298.

62. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 539 s. y 676 ss.

la orden es siempre *vinculante* y genera obediencia *debida* (art. 20, 7º, en relación con el art. 410 CP); b) entender que sólo cuando no sea nula el pleno derecho según la legislación administrativa tendrá la orden carácter obligatorio (a los efectos eximentes del art. 20, 7º), pero admitiéndose, en los demás casos en que la antijuridicidad de la misma no sea manifiesta, que también procede la exención en base a un *error* que hay que considerar *invencible* por razón de la materia.[63]

75 bb) Más arriba tomé posición en favor de la primera alternativa. Desde el **punto de vista formal**, excluir el *deber* de obediencia frente a órdenes no manifiestamente antijurídicas por el hecho de que son nulas de pleno derecho según la legislación administrativa es contrario, a mi juicio, a una correcta interpretación del art. 410 CP. Tal conclusión de las órdenes no manifiestamente antijurídicas se apoya, como antes se dijo, en la expresión del primer número del art. 410 CP «*debido* cumplimiento», que se interpreta como «cumplimiento jurídicamente debido» según la legislación administrativa. Pues bien, esta interpretación no es admisible.

76 El nº 2 del mismo art. 410 CP se halla vinculado de tal forma al nº 1 que presupone que el funcionario niega el «debido cumplimiento» a la orden manifiestamente antijurídica (esta vinculación se manifiesta en la expresión inicial del segundo párrafo: «*No obstante* lo dispuesto en el apartado anterior...»). Ello supone que el nº 2 del art. 410 CP se refiere al hecho de no prestar el «debido cumplimiento» a órdenes manifiestamente antijurídicas. Pero, si el «debido cumplimiento» fuese —según quiere la opinión doctrinal combatida— el «cumplimiento jurídicamente debido», habría que extraer la insatisfactoria conclusión de que el art. 410 CP considera «jurídicamente debido» el cumplimiento de órdenes manifiestamente antijurídicas. Para evitarlo hay que admitir que «debido cumplimiento» no significa «cumplimiento jurídicamente debido», sino adecuado o correcto cumplimiento.

77 Pero existe otra dificultad que encuentra la tesis impugnada, que afecta a su misma raíz. Dicha tesis parte de que las órdenes *nulas* no son vinculantes y en cambio sólo lo son las anulables o meramente irregulares.[64] Ello presupone que los actos administrativos nulos son inválidos desde un principio *(ex tunc)* y los anulables sólo desde que se consigue su anulación *(ex nunc)*. Este planteamiento no es exacto. Tanto los actos nulos como los anulables son *inválidos* y sólo se distinguen en cuanto al procedimiento de cesación de su *eficacia*.[65] Mientras que el acto nulo no precisa ser *anulado* para ser privado de eficacia (basta una *declaración* de nulidad por parte de la Administración, art. 102 Ley 30/1992), el acto anulable requiere su *anulación* (previa impugnación o de oficio, según los casos [art. 103 Ley 30/1992], pero siempre con efectos *constitutivos*). Pero *ambas clases de actos son eficaces* hasta que se declare su nulidad o se anulen, respectivamente. Ello se desprende del **principio de ejecutoriedad**, basado en la presunción de legalidad del acto administrativo, que se establece inequívocamente en preceptos como el art. 94 Ley 30/1992 («Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos»). El art. 101 de la misma Ley refleja el alcance práctico de este principio al excluir la posibilidad de interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos, con tal únicamente de que sean realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento

63. En nuestro Derecho sería difícil defender la solución alemana de la exculpación fuera de la eximente de obediencia debida, como habría que hacer si se negase el deber de obedecer. No obstante, un sector de la doctrina española entiende que la obediencia debida no justifica, sino que sólo exculpa. Cfr. infra 5.

64. Cfr Cerezo Mir, REP 1966, pp 349 ss.; Luzón Peña, Legítima defensa, pp. 307 ss.

65. Cfr. Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, I, 9ª ed. (reimp. 1989), pp. 253 ss.; Luzón Peña, Legítima defensa, p. 283.

legalmente establecido.[66] Ello supone que todo acto administrativo, aunque sea nulo, es eficaz desde que se dicta con competencia y forma. Lo confirma el hecho de que el art. 111 de la citada Ley prevé sólo la *posibilidad* de que el órgano a quien compete resolver la impugnación de *determinados* actos nulos de pleno derecho (solamente de los previstos en el art. 62, 1 de la misma Ley), suspenda su ejecución, pues ello presupone que hasta entonces ha sido eficaz y, sobre todo, que para la suspensión es precisa la decisión del órgano competente. Todo esto se explica por el principio de que, concurriendo los requisitos formales que fundamentan la presunción de legalidad del acto administrativo, sólo puede entrarse a enjuiciar su validez intrínseca, y en especial suspender su eficacia, por medio de un proceso legalmente regulado que debe culminar con una resolución del órgano competente. Lo cual es independiente de que tal resolución haya de ser meramente declarativa (como sucede respecto a los actos nulos) o constitutiva (como ocurre en relación a los actos anulables).[67]

78 Ahora bien, lo dicho ha de valer también para las órdenes dictadas por un órgano competente y con arreglo a las formalidades legales esenciales: como todo acto administrativo de estas características será inmediatamente ejecutivo, lo que supone que *deberá cumplirse*, con independencia de que sea materialmente válido, o no, y de la clase de invalidez que pueda afectarle, hasta tanto no se decrete su suspensión por la autoridad competente. Ni el particular ni el subordinado pueden impedir la ejecución de dicha orden. Así lo exige la presunción de legalidad que envuelve a los actos administrativos formalmente correctos. La única excepción al principio de obligatoriedad de las órdenes que posean ese carácter formal, podrá concurrir cuando la presunción se desvanezca por la *manifiesta* antijuridicidad de la orden. La regulación del art. 410 puede interpretarse coherentemente con este pensamiento, según la teoría de la apariencia más arriba adoptada.

5. *Fundamento y naturaleza dogmática*

79 A) El **fundamento** del deber de obedecer las órdenes no manifiestamente antijurídicas que emanen de un órgano competente, se dirijan a un subordinado igualmente competente y se hallen revestidas de las formalidades legales esenciales, ha de verse en las *necesidades de funcionamiento de la Administración pública*.[68] Del mismo modo que estas necesidades exigen una organización jerárquica, es preciso que dicha organización no pueda resultar obstaculizada a cada momento por dudas de los subordinados acerca de la legalidad de las órdenes que reciben, sino sólo cuando exista suficiente motivo para considerar manifiesta su ilegalidad.

80 B) La **naturaleza dogmática** que tal fundamento confiere a la obediencia debida es la de *causa de justificación*. Ante una orden no manifiestamente antijurídica se produce un conflicto entre el bien jurídico afectado por la orden y las

66. Cfr. Entrena Cuesta, Curso I, p. 250.

67. Sobre todo lo anterior cfr. García de Enterría/Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 6ª ed., 1993, p. 587.

68. Queralt, Obediencia debida, p. 414, lo concreta refiriéndose a la «capacidad de prestación de servicios públicos» de la que depende la legitimación del Estado social y democrático de Derecho.

necesidades de funcionamiento de la Administración pública que la ley resuelve en favor de las segundas. Tal estructura de conflicto que se decide en el sentido de *permitir* la lesión del bien jurídico, es la característica de toda causa de justificación. Y no hay duda de que la ley no sólo disculpa, sino que *permite* la lesión del bien jurídico cuando impone *deber* de obedecer (art. 410 CP). Si la obediencia es «debida», ha de ser permitido y no puede ser prohibida, antijurídica, máxime si la desobediencia se castiga. La obediencia debida habrá de *justificar* el hecho, y no sólo excluir la responsabilidad penal de su autor.[69] Todo ello confirma que es correcto incluir la obediencia debida a órdenes no manifiestamente antijurídicas *dentro de la eximente de cumplimiento de un deber* (art. 20, 7º CP).

81 Mas que el cumplimiento de una orden no manifiestamente antijurídica se halle justificada no significa que quede excluida la antijuridicidad de la orden, y la responsabilidad penal que por la misma merezca el superior. Éste es un **autor mediato** de la lesión que produce la orden, el cual utiliza al subordinado como *instrumento* que actúa.[70] Se trata de una figura generalmente admitida por la doctrina. Compárese el supuesto ahora examinado con el caso del particular que denuncia a su enemigo de forma que la Policía se ve obligada a practicar su detención: la Policía constituye sin duda un instrumento que actúa justificadamente en manos de un autor mediato. Por lo demás, en todos los demás casos de autoría mediata en que el instrumento no realiza un tipo penal, ocurre también que la falta de antijuridicidad de su conducta no impide que la misma sea realización del hecho antijurídico del autor mediato (cfr. *supra* Lección 14, II 2).

82 Que sea evidente la subsistencia de antijuridicidad en la orden del superior no constituye, pues, ningún obstáculo para admitir la justificación de la conducta del subordinado que la cumple en obediencia debida.[71] Tampoco se opone a ello la necesidad de considerar la ejecución de la orden como una *agresión ilegítima* del superior (a través del instrumento representado por el subordinado) contra la persona sobre la que recae.[72] Así, p. ej., contra quien va a ser detenido injustamente en virtud de una orden cuya antijuridicidad no puede resultar manifiesta para el subordinado. Esto sucede en todo supuesto de autoría mediata con

---

69. En el anterior CP era un argumento a favor de lo dicho en el texto el hecho de que no se previese responsabilidad civil en caso de obediencia debida (anterior art. 20). Alegaban este argumento López Rey y Puig, cit. por Antón Oneca, PG, p. 275, quien replicaba que tampoco se preveía responsabilidad civil para la fuerza irresistible y el caso fortuito: pero también estas causas impiden la antijuridicidad, por falta de acción o de tipicidad dolosa o imprudente. A favor también de considerar la obediencia debida causa de justificación Queralt, Obediencia debida, pp. 413 ss. y RJCat 1983, p. 644.; Rodríguez Devesa, PG pp. 528 ss.(pese a incluir, como aquí, mandatos [no manifiestamente] ilícitos); En contra del efecto justificante de la obediencia debida: Antón, PG p. 275; Vives Antón, Obediencia debida, pp. 139 ss.; Díaz Palos, Obediencia debida, p. 20; Quintero Olivares, Introducción, p. 213.

70. En este sentido Queralt, Obediencia debida, pp. 425 ss.

71. Contra lo que argumenta un sector de la doctrina: Antón Oneca, PG p. 275; Vives Antón, Obediencia debida, pp. 137 s.; Díaz Palos, Obediencia debida, pp. 193, 203.

72. Contra lo que afirma Antón Oneca, PG, p. 275; también contra Díaz Palos, op. cit., p. 194.

instrumento que actúa sin antijuridicidad y en los casos en que alguien se vale de otra persona que se halla en una causa de ausencia de comportamiento humano. Piénsese en el caso del que utiliza a un niño engañado para dañar bienes ajenos ocultándole su ajenidad o el de quien emplea a un hipnotizado, etc. En todos estos casos existe, sin duda, una agresión ilegítima del autor, que se realiza a través de una conducta no antijurídica de otra persona. Y en todos estos casos se plantea el mismo problema: la reacción contra la agresión ilegítima ha de recaer sobre quien no actúa antijurídicamente. Pero el problema no es exclusivo de estos supuestos, sino común a todos los casos de **«defensa que recae sobre un tercero»**, y debe resolverse con el mismo criterio de admitir únicamente repeler la agresión dentro de los límites del *estado de necesidad*, lo que supone que la defensa no puede causar un mal mayor que el que amenaza (cfr. *supra,* Lección 17). No sería justo admitir otra solución que diese preferencia al agredido por una orden cuando el que la ejecuta se halla obligado por la ley a hacerlo.[73]

6. *La obediencia doméstica y laboral*

83 La doctrina dominante reduce la eficacia eximente de la obediencia debida al ámbito de las órdenes dictadas dentro de la Administración pública (la llamada «*obediencia jerárquica*»).[74] Sin embargo, algún autor consideraba también aplicable el anterior art. 8, 12º CP a otras relaciones jerárquicas, como las laborales o familiares, ya sea con relación a toda clase de órdenes, aunque no sean ajustadas a Derecho,[75] ya sea respecto únicamente a órdenes lícitas.[76]

84 La posibilidad de que se admita la obediencia debida en relaciones laborales o familiares incluso frente a órdenes antijurídicas se basa en una concepción subjetiva de la eximente que ve un posible fundamento de la misma en la suposición errónea de que la orden es lícita por parte del subordinado, o en el hábito de obedecer, el temor al castigo o el poder de sugestión del superior.[77] Una tal concepción de la obediencia debida no puede admitirse, pues ya se ha visto en el apartado anterior que este precepto se refiere sólo a la obediencia impuesta como un *deber* jurídico («debida») y cuya inobservancia se castiga como delito de desobediencia. Un tal deber de obedecer no lo impone el ordenamiento jurídico más que respecto a órdenes ajustadas a Derecho y a aquéllas otras no manifiestamente antijurídicas que excepcionalmente impone obedecer el art. 410 CP por emanar de un órgano administrativo en condiciones formales que generan una apariencia de legalidad y por razón de las necesidades de funcionamiento de la Administración pública. Ningún precepto semejante obliga al hijo o al trabajador a obedecer órdenes antijurídicas (aunque no lo sean manifiestamente) de sus padres o de sus jefes.

85 Tratándose de **órdenes antijurídicas,** la obediencia doméstica o laboral no puede eximir *directamente* en base al art. 20, 7º, sino, en su caso, por *error*

---

73. En este sentido, Queralt, Obediencia debida, pp. 432 ss.
74. Cfr. por todos Queralt, Obediencia debida, pp. 53 ss.
75. Así Antón Oneca, PG p. 277. También parece admitir esta posibilidad —aunque no admita la eximente en el caso concreto— la STS 18 nov. 80, con la que se muestra de acuerdo Díaz Palos, Obediencia debida, pp. 202 s.
76. Cfr. Rodríguez Devesa, PG p. 511.
77. Cfr. Antón Oneca, PG pp. 274, 277; Córdoba Roda, Comentarios I, p. 398.

invencible, por *estado de necesidad* o por *miedo insuperable*. Ahora bien, es evidente que la actuación en el marco de una relación jerárquica en principio legal puede influir en la concurrencia de alguna de estas otras eximentes. En particular, debe admitirse que el cumplimiento de órdenes dentro de una empresa, cuyo funcionamiento depende de la división de funciones y una determinada jerarquía, pueda ampararse en una apariencia de legalidad que *rebaje el nivel de deber de cuidado* y, por tanto, haga más probable el error invencible. Ello es particularmente importante en el ámbito, cada vez más relevante, de la delincuencia económica, que con frecuencia supone la intervención de subordinados cuya función no les obliga a detectar o comprobar determinadas ilegalidades no manifiestas. Por lo demás, nada impide que pueda estimarse obediencia debida cuando la orden entra dentro de las **facultades legítimas** del padre o jefe. Así, p. ej., si el padre ordena al hijo de 17 años que no deje salir de casa al hermano menor al que el primero ha castigado en uso moderado de sus facultades correctivas.[78]

78. La STS 13 marzo 81 admite la obediencia debida en relación jerárquica distinta a la funcionarial. Ver también STS 7 nov. 2001.

Lección 19.
ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD: CONSENTIMIENTO Y ADECUACIÓN SOCIAL

Bibliografía

A.A.V.V., El consentimiento. El error, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1993; *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtes, 1981; *el mismo*, Die Einwilligung des Unfreien, ZStW 95 (1983), pp. 1 ss.; *el mismo*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), pp. 525 ss., 821 ss.; *el mismo*, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, 1995; *Arroyo*, Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización, en Estudios penales y criminológicos, XI, 1987, pp. 9 ss.; *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *Belling/Eberl/Michlik*, Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen, 1994; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Berdugo El consentimiento en las lesiones*, CPC nº 14 (1981), pp. 203 ss.; *el mismo*, El delito de lesiones, 1982; *Bernsmann*, Der Umgang mit irreversibel bewußtlosen Personen und das Strafrecht, ZRP 1996, pp. 87 ss.; *Berz*, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, pp. 145 ss.; *Bloy*, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, ZStW 96 (1984), pp. 703 ss.; *Bockelmann*, Das Strafrecht des Arztes, 1968; *Bonet*, La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), 1999; *Bustos/Hormazábal*, Significación social y tipicidad, en Estudios penales y criminológicos, Fernández Albor (ed.), 1982, pp. 11 ss.; *Cancio*, La teoría de la adecuación social en Welzel, ADPCP 1993, pp. 697 ss.; *el mismo*, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 1998 (hay 2ª ed. de 2001); *el mismo*, Los orígenes de la teoría de la adecuación social, Univ. Externado de Colombia, 1994; *Casas Barquero*, El consentimiento en el Derecho penal, 1987; *Cerezo Mir*, El «versari in re illicita» en el CP español ADPCP 1962, pp. 47 ss.; *Cobo del Rosal*, Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el CP, ADPCP 1964, pp. 243 ss.; *Corcoy*, Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, LH Torío López, 1999, pp. 261 ss.; *la misma*, El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento, en Protección de menores en el Código penal, CDJ 1998, pp. 296 ss.; *Derksen*, Handeln auf eigene Gefahr, 1992; *Díaz y García-Conlledo/Paredes* (coord.), Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor, 2004; *Díez Ripollés*, La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal, en Jueces para la Democracia, nº 57, nov. 2006; *Dölling*, Die Behandlung der Körperverletzungen im Sport..., ZStW 96 (1984), pp. 36 ss.; *Engisch*, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), pp. 1 ss.; *el mismo*, Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, en Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 399 ss.; *Erb*, Die Schtzfunktion von Art. 103 II GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), pp. 266 ss.; *el mismo*, Das Verhältnis zwischen mutmaßlicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Escudero García*, El Consentimiento en Derecho Penal, 2014; *Eser*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, JZ 1978, pp. 368 ss.; *el mismo*, Deporte y Justicia penal, RP (6) 2000, pp. 53 ss.; *el mismo*, Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 199 ss.; *Fiore*, L'azione socialmente adeguata nel diritto penale, 1966;

Firrhaber, Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten, tesis, Bonn, 1956; *Fraga/Lamas*, El consentimiento informado. (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica), 1999; *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *W. Frisch*, Selbstgefährdung im Strafrecht, NStZ 1992, 1, pp. 62 ss.; *De la Gándara*, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, 1995; *García Arán*, Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho penal español, en Estudios jurídicos en honor del prof. Pérez-Vitoria, 1983, I, pp. 251 ss.; *la misma*, Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos, RJCat 1995, pp. 683-703; *García Vitor*, Principio de insignificancia, en el mismo, Planteos penales, 1994, pp. 21 ss.; *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, pp. 262 ss.; *Geppert*, Rechtfertigende «Einwilligung» des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW 83 (1971), pp. 947 ss.; *Gimbernat*, Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad, 1966; *Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992; *Gómez Benítez*, El ejercicio legítimo del cargo, 1980; *Gómez Rivero*, Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?, en CPC (113) 2014; *Gracia Martín*, Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen" und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau, en Festschrift für Tiedemann, 2008; *Gregori*, Adeguatezza sociale e teoria del reato, 1969; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 19983; *Haefliger*, Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, SchwZStr 67 (1952), pp. 92 ss.; *Hellmann*, Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 272 ss.; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *Hirsch*, Einwilligung und Selbstbestimmung, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 775 ss.; *el mismo*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), pp. 78 ss.; *Jäger*, Die Lehre von der einverständlichen Fremdgefährdung als Grenzproblem zwischen Täter- und Opferverantwortung, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Jorge Barreiro*, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en CPC nº 16 (1982), pp. 5 ss.; *Jorge Barreiro*, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, 1990; *Armin Kaufmann*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, en Festschrift für Klug, 1983, II, pp. 277; *Arthur Kaufmann*, ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?, en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina y Derecho penal, 1988, pp. 53 s.; *Kienapfel*, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; *Kühne*, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsverzichts, JZ 1979, pp. 241 ss.; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutträgers, 1970; *Klug*, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, en Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 249 ss.; *Kuhlen*, Hypothetische Einwilligung und "Erfolgsrechtfertigung", en JZ 14/2005; *Lenckner*, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960), pp. 446 ss.; *Longrock*, Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung, MDR 1970, pp. 982 ss.; *López Barja*, El consentimiento en el Derecho Penal, 1999; *el mismo*, El consentimiento informado, CPC nº 56 (1994), pp. 447 ss.; *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978; *el mismo*, Causalidad e imputación objetiva..., en Actualidad Jurídica, 1981 (VII), pp. 78 ss.; *el mismo*, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, en LH al Prof. Vives Antón, 2009; *el mismo*, Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad: participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia, el criterio del control del riesgo, en RGDP (15) 2011, (trad. al alemán en, Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip: Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle, en GA (5) 2011; *el mismo*, El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal, en RGDP (18) 2012; *el mismo*, Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos, RDPC, 2012; *Maiwald*, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffes «erlaubtes Risiko» für die Strafrechtssystematik, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 405 ss.; *De la Mata*, El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 387 ss.; *Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *el mismo*, Die Unfähigkeit des erwachsenen Patienten zur Einwilligung in den ärztlichen Eingriff, 1994; *Merkel*, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW 107 (1995), pp. 545 ss.; *Mir Puig*, Responsabilidad objetiva y caso fortuito en el CP español, en Barbero Santos (ed.), II Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas en Derecho penal: Interrupción voluntaria del embarazo; responsabilidad penal objetiva, 1981, pp. 175 ss.; *el mismo*, Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto CP 1980, RFDUC monogr. 3 (1980), pp. 39 ss.; *el mismo*, El delito de coacciones en el CP, ADPCP 1977, pp. 269 ss.; *el mismo*, Sobre el consentimiento

en el homicidio imprudente, ADPCP 1991, pp. 257 ss.; *el mismo*, Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en A.A.V.V., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, UNED, 2001; *Morillas Cueva*, Consentimiento y consentimiento presunto: ¿dos formas de un mismo todo?, en LH al Prof. Rodríguez Ramos, 2013; *Neyen*, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 1991; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit..., ZStW 77 (1975), pp. 1 ss.; *Observatori de Bioètica i Dret de la Univ. Barcelona*, Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos: declaración sobre eutanasia, 2003; *Ortego Costales*, El caso fortuito ante los Proyectos de reforma, 1983; *Ostendorf*, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982, pp. 333 ss.; *Otto*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, en Festschrift f. Tröndle, 1989, pp. 157 ss.; *el mismo*, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, en Festschrift für Geerds, 1995, pp. 603 ss.; *Paredes*, El riesgo permitido en Derecho penal, 1995; *el mismo*, La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador, Revista Española de Derecho del Deporte (5), 1995; *Peláez de las Heras*, El consentimiento de la víctima, Rev. Estudios Penales, 1945-46; *Peters*, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 415 ss.; *Polaino-Orts*, Alegato a favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad, en CPC 82, 2004; *Preuß*, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *Puig Peña*, Caso fortuito, en NEJ, III (1951), pp. 756 ss.; *Puppe*, Hypothetische Einwilligung bei medizinischem Heileingriff, comentario a la Sent. BGH v. 20. 1. 2004, en JR 11/2004, pp. 469 ss.; *Rodríguez Mourullo*, Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito, ADPCP 1963, pp. 273 ss.; *el mismo*, La nueva regulación del caso fortuito, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 92 ss.; *Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *Roldán*, Adecuación social y teoría jurídica del delito, 1992; *Romeo Casabona*, El consentimiento en las lesiones en el Proyecto CP 1980, CPC nº 17 (1982), pp. 263 ss.; *Rouka*, Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen, 1996; *Roxin*, Problemas básicos del Derecho penal, trad. Luzón Peña, 1976, pp. 181 ss.; *el mismo*, Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1972; *el mismo*, Über die mutmaßliche Einwilligung, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 447 aa.; *el mismo*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), pp. 369 ss.; *el mismo*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, en Festschrift für Klug, 1983, pp. 303 ss.; *el mismo*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung, en Gedächtnisschrift für Noll, 1984; *el mismo*, Acerca del consentimiento en el Derecho penal, en el mismo, Dogmática penal y Política criminal, Lima, 1998, pp. 125 ss.; *Roxin*, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, en Festschrift für K. Amelung, 2009; *el mismo*, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida, en InDret 1/2013; *Sagrera i Saula*, Conducta de la víctima e imputación objetiva. Autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. Contribución al debate sobre la autorresoonbilidad en Derecho penal, en Libertas 2/2014; *Schild*, Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung, Jura 1982, pp. 477 ss., 520 ss. y 585 ss.; *Schlehofer*, Einwilligung und Einverständnis, 1985; *Schmidhäuser*, Handeln mit Einwilligung des Betroffenen — strafrechtlich eine scheinbare Rechtsgutsverletzung, en Festschrift für Geerds, 1995, pp. 593 ss.; *R. Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, en Festschrift für Maurach, 1972, p. 113; *Schlehofer*, Einwilligung und Einverständnis, 1985; *Schöch*, Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, NStZ 1995, pp. 153 ss.; *Seelman*, La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena, en Robles (ed. es.), Límites al Derecho penal, 2012; *Segura*, El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal, 2000; *Silva*, La esterilización de disminuídos psíquicos, 1988; *Sternber-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 1997; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), pp. 41 ss.; *el mismo*, Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes, en InDret 1/2013; *Suárez Montes*, El consentimiento en las lesiones, 1959; *el mismo*, Las lesiones consentidas en el Proyecto CP 1980, 1983; *Torío*, «Versari in re illicita» y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio, ADPCP 1976; *Verrel*, Selbstbestimmung contra Lebenschutz, JZ 1996, pp. 224 ss.; *De Vicente*, Consentimiento y acuerdo: ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad?, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, (Luzón Peña/Mir Puig [dirs.]), 1999, pp. 113 ss.; *Virto*, El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el CP de 1848, 1984; *Vogel*, Die versuchte passive Sterbehilfe, MDR 1995, pp. 337 ss.; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, 1996; *Weber*, Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen, en Festschrift für Baumann, 1992, pp. 43 ss.; *el mismo*, Einwände gegen die Lehre von der Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgwfährdung im Betäubungsmittelstrafrecht, en Festschrift für Spendel, 1992, pp. 371 ss.; *Weigend*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung,

ZStW 98 (1986), pp. 44 ss.; *Weißauer/Opderbecke*, Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegaler Sicht, MedR 1995, pp. 456 ss.; *Wimmer*, Die Bedeutung des zustimmenden Willens..., 1980; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977 1977, pp. 379 ss.; *el mismo*, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 (1970), pp. 633 ss.

(Véase además la bibliografía de la Lección anterior)

A. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

I. Concepto y clases

1 El consentimiento de la víctima del hecho en su realización puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal. En el apartado siguiente examinaremos la *razón* de dicha exclusión y su *naturaleza* dogmática, pero previamente es necesario adelantar el **concepto** y las **clases** del consentimiento que contemplamos. Concurre éste cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento. Ello puede suceder en *dos grupos de casos* que distingue la doctrina alemana.[1]

2 *a*) Por una parte, ciertos delitos se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio. Es lo que ocurre en los delitos contra la libertad, como las detenciones ilegales, las coacciones o el allanamiento de morada. Faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que **desaparece toda lesividad** de la conducta: no puede haber delito de detenciones ilegales si el detenido quiere ser detenido, ni puede concurrir allanamiento de morada si el morador acepta en su casa al extraño. En algunos casos el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción definida por la ley: así, dejará posiblemente de concurrir una verdadera «detención» —y no sólo su ilegalidad— en muchos supuestos en que el sujeto pasivo se ponga voluntariamente en manos del agente. Ello sucede también en delitos que no parecen exclusivamente dirigidos a atacar la voluntad ajena, como los delitos contra la propiedad. Cuando alguien toma una cosa de otro con consentimiento de éste, no puede hablarse de «hurto», ni de «robo». No se trata de que concurra un hurto o un robo que queda exento de responsabilidad penal, sino de que empieza por faltar el concepto mismo de «hurto» o «robo». La doctrina alemana emplea en este primer grupo de casos un término específico para designar la conformidad del afectado: el **«acuerdo»** *(Einverständnis)*.

3 La ley permite a veces reconocer estos casos porque requiere *expresamente* la ausencia de conformidad por parte del sujeto pasivo. Así, en el allanamiento

1. La distinción procede de Geerds, GA 1954, p. 262. Más referencias en Jescheck, Tratado, pp. 510 s.

de morada, es preciso que un particular «que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma *contra la voluntad de su morador*» (art. 202 CP). Del mismo modo, el art. 234 CP requiere para el hurto que se tome la cosa mueble ajena *«sin la voluntad de su dueño»*. Mas es mayor el número de casos en que el texto legal no requiere literalmente la falta de conformidad del sujeto pasivo, sino que ello constituye sólo una exigencia *implícita*. Así, p. ej., en el delito de detenciones ilegales del art. 163 CP.

b) En un segundo grupo de casos se contemplan los supuestos en que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero **cuya lesión no desaparece** por virtud del consentimiento. La doctrina alemana mayoritaria incluye en este grupo el consentimiento en las lesiones (p. ej., el consentimiento en una operación de cirugía estética no justificable por estado de necesidad). La lesión de la integridad física no desaparece por el hecho de que el afectado consienta, y sin embargo se admite en ciertos casos (como el del ejemplo) que este consentimiento excluya el delito. Mientras que en el primer grupo de casos mencionados en el apartado *a)* la conformidad del sujeto pasivo excluiría toda lesión, en este segundo grupo el consentimiento excluiría la responsabilidad penal por tratarse de bienes jurídicos disponibles, en ciertas condiciones, por su titular, pero no impediría la lesión de dichos bienes. **4**

Ejemplos: Quien entra en morada ajena con su consentimiento no llega ni siquiera a lesionar el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada, como no lesiona tampoco el bien jurídico protegido en el delito de coacciones quien determina a otro a hacer algo que éste acepta: en ninguno de ambos casos resulta atacada la voluntad del sujeto pasivo. En cambio, la realización de una lesión consentida puede no constituir delito, pero no por ello deja de menoscabar la integridad física. Lo mismo sucede con un ataque consentido al honor de una persona. **5**

Este segundo grupo de casos se designa en Alemania como **«consentimiento»** *(Einwilligung)* en sentido estricto.[2] **6**

En cualquier caso, *consentir* (en sentido amplio) no es la única forma relevante en que un sujeto puede intervenir en un hecho cuando lo acepta. Su intervención puede influir en **7**

2. La doctrina española no maneja la distinción terminológica de «acuerdo» y «consentimiento» en sentido estricto, sino que emplea únicamente este segundo término. No obstante, sí se distingue entre los casos en que la ley condiciona expresamente la tipicidad a la ausencia de conformidad de la víctima (como sucede en el hurto) y aquéllos en que tal ausencia se deduce implícitamente del contexto o del objeto de protección de la ley: cfr. Antón Oneca, PG, pp. 257 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 487. Sobre esto cfr. Mir Puig, Adiciones, pp. 529 s. Aunque sin utilizar la doble terminología germánica, efectúan una distinción materialmente coincidente con la recogida en el texto Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 491 ss. También debe distinguirse entre el consentimiento de la «víctima» y el consentimiento de la «persona en peligro» respecto a ser auxiliado por otro, así, Baldó, Estado de necesidad, pp. 191 ss. y pp. 331 ss.

la realización del hecho más allá del mero consentir: así, cuando alguien *pide* a otro que destruya un bien suyo (del primero) o que le ponga en un determinado peligro, o cuando *comparte* con otro una actividad arriesgada. En estos casos la intervención de la víctima puede hacer que el hecho deba *imputársele* a ella y no a la otra u otras personas que intervienen en el hecho. Estas otras no realizarán entonces un tipo penal, aunque contribuyan a causar la lesión típica. Y ello no se deberá sólo al *consentimiento* de la víctima, sino a su influencia objetiva en el hecho.[3]

II. Naturaleza dogmática

8 La distinción de los dos grupos de casos mencionados sirve a la doctrina alemana mayoritaria de punto de partida para decidir la naturaleza dogmática de la conformidad del afectado. Respecto al primer grupo (**«acuerdo»**) existe unanimidad en considerar que resulta **excluida la tipicidad** de la conducta: no sólo resultaría excluida la antijuridicidad (justificación), sino que ni siquiera llegarían a concurrir los elementos que fundamentan positivamente su tipicidad. Así, p. ej., en el apoderamiento patrimonial consentido no habría un «hurto justificado», sino que ni siquiera podría hablarse de «hurto». En cambio, en el segundo grupo (**«consentimiento»** en sentido estricto) *se discute* si sucede lo mismo o, por el contrario, concurre sólo una **causa de justificación** que no excluye la tipicidad. Esta última solución es la mantenida por la doctrina dominante.[4]

9 La consideración de la conformidad del afectado como causa que impide la realización del tipo o, por el contrario, como causa de justificación, depende del criterio que se maneje para distinguir el tipo y las causas de justificación. En esta obra se parte de que existe una diferencia sustancial y funcional entre aquellos elementos que *fundamentan* positivamente el injusto y aquellos otros que lo *excluyen*. Mientras los primeros expresan el ataque al bien jurídico especialmente tutelado, los segundos no lo hacen desaparecer, sino que únicamente lo *permiten* (cfr. *supra,* Lección 16, I 2). Sólo estos últimos dan lugar a «causas de justificación», las cuales presuponen la concurrencia previa de aquellos otros elementos que determinan una lesión imputable del bien jurídico. Cuando lo que falte sea esta lesión imputable, no deberá hablarse de causas de justificación, sino de ausencia de la tipicidad específica descrita como regla en la Parte Especial.

10 Todo depende, entonces, de si la conformidad del afectado impide ya la lesión imputable del bien jurídico o sólo la permite. En el primer caso excluiría el tipo, mientras que en el segundo sólo constituiría una causa de justificación. Como hemos visto, la doctrina dominante en Alemania entiende que en el supuesto de «acuerdo» (primer grupo de casos examinados) éste impide incluso la lesión del bien jurídico, por lo que lo considera causa de falta de tipicidad, mientras que considera que en el segundo grupo de casos (del

3. Cfr. Cancio, Conducta de la víctima, pp. 173 ss., 276 ss.; Mir Puig, Significado y alcance de la imputación objetiva, p. 407.

4. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, pp. 531 s. En España así Cobo/Vives, PG, 5ª ed.,p p. 491 s.; Romeo Casabona, CPC 1982, p. 276.

«consentimiento» en sentido estricto) el consentimiento no impide la lesión del bien jurídico, sino que sólo la permite, por lo que aquí constituiría sólo una causa de justificación. Esto último es lo que sucedería, por ejemplo, en las lesiones que pueda consentir el afectado: su consentimiento no impediría la lesión de su integridad física; si, pese a ello, justificara la conducta, sería bien por el abandono del interés y la renuncia a su protección jurídico-penal,[5] bien porque el valor representado por la libertad de disposición del individuo pesaría más que la lesión producida —estructura de conflicto de intereses característica de toda causa de justificación.[6]

11 Sin embargo, un sector doctrinal importante considera que el consentimiento, cuando es eficaz, siempre excluye la propia tipicidad por desaparición del objeto de tutela, que consistiría en la libertad de disposición del sujeto sobre determinado objeto o en el valor que dicho objeto tiene para su titular.[7] Por otra parte, va ganando adeptos la consideración de que, en determinados casos, el consentimiento de la víctima excluye ya la imputación objetiva del hecho típico, por ser éste imputable al que consiente (así, en casos de puesta en peligro de otro con su consentimiento, en determinadas condiciones).[8]

12 **En nuestro Derecho** nada impide admitir la eficacia del consentimiento cuando *el tipo* exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima, como sucede en los casos de «acuerdo». Más problemático resulta si es posible admitir que, además, la conformidad del afectado pueda operar en España como *causa de justificación* («consentimiento» en sentido estricto). El Código penal no prevé el consentimiento entre las causas de justificación generales. Sin embargo, en la Parte Especial el Código concede eficacia justificante al consentimiento en algunos casos de lesiones (art. 156). Y, por otra parte, el art. 10 de la Constitución, al declarar fundamento del orden político y de la paz social el «libre desarrollo de la personalidad», ha de conducir a considerar, *por lo menos*, justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente. En algunos casos, este principio constitucional ha de determinar la imputación del hecho al que consiente (como desarrollo de su personalidad) y a negar, en consecuencia, la imputación objetiva del hecho al que actúa con su consentimiento.

---

5. Doctrina tradicional: cfr. Geerds, ZStW 72 (1960), p. 43.

6. Cfr. Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, pp.74 ss. y ZStW 77 (1975), pp. 15 ss.; Jescheck, Tratado, p. 516.

7. Cfr. Stratenwerth, ZStW 68 (1956), pp. 42 ss.; Arzt, Willensmängel, p. 43; Zipf, Einwilligung, pp. 28 ss.; Berdugo, Lesiones, pp. 71 s.; Roxin, AT, § 13 I /11 ss. (3ª ed.).

8. Así Roxin, AT § 11/106 (cuando la puesta en peligro de otro con su consentimiento *equivale* a una autopuesta en peligro del que consiente). Fundamenta esta posición en el principio de autorresponsabilidad de la víctima Hellmann, Roxin-Festschrift, pp. 279 ss. En España desarrolla una teoría de la imputación preferente a la víctima de los hechos co-organizados por ella Cancio, Conducta de la víctima, pp. 276 ss., considerando el consentimiento una subinstitución del sistema de imputación (op. cit., pp. 173 ss.) Ver también la obra de Bonet cit. en bibliogr.

13 Según un sector de la doctrina española, el consentimiento podría desplegar su eficacia a través de la eximente de **ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo** (art. 20, 7º CP).[9] Así, se afirma que el consentimiento da lugar a un derecho en el **médico** a crear el riesgo o la lesión que sus actividades consentidas impliquen.[10] La posibilidad de acudir a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho es innegable cuando la voluntad de la víctima conceda formalmente un *derecho* al autor con arreglo a lo dispuesto por alguna norma no penal. Pero entonces no será necesario acudir a la figura jurídico-penal del consentimiento, sino a la causa de justificación del art. 20, 7º. La figura del consentimiento que maneja el Derecho penal, que posee presupuestos distintos que la voluntad negocial jurídico-civil (cfr. *infra*, IV), no supone la existencia de un derecho subjetivo en sentido técnico. Por otra parte, tampoco requiere la *licitud* que exige el ejercicio legítimo de un derecho. Así, p. ej., el curandero o el que no tiene su título médico convalidado, no podrían alegar el ejercicio de un derecho, pese a que la conducta que realizan con el consentimiento del paciente puede coincidir materialmente con la de un médico y ser tan correcta como ésta. No me parece justo que al curandero se le pueda considerar entonces reo de un delito de lesiones ni de coacciones. Lo único convincente es castigar a estos sujetos sólo por intrusismo. Pero ello exige fundamentar la impunidad por otra vía distinta a la del ejercicio de un derecho (cfr. Lec. 18, I 4 B b bb).

III. Ámbito de aplicación

14 Según la conclusión obtenida en el apartado anterior, la conformidad del afectado eximirá en nuestro Derecho cuando ello se desprenda del tipo legal del delito respectivo o algún precepto le conceda expresamente eficacia justificante, pero también cuando el consentimiento pueda verse como el «libre desarrollo de la personalidad» tutelado por el art. 10, 1 Const. Con carácter general puede afirmarse que nada de ello sucederá en los **delitos contra la colectividad**, puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción recae sobre una persona concreta. Así, por ejemplo, en el delito de atentado contra la Autoridad, el consentimiento de ésta no podría excluir el tipo porque el bien atacado tiene carácter público y no es susceptible de disposición por ninguna persona. Por el contrario, en los **delitos contra los particulares** debe partirse del principio de la eficacia del consentimiento. Ello resulta evidente cuando el interés protegido es exclusivamente privado y renunciable, como sucede no sólo en los delitos contra la libertad de voluntad, sino también por ejemplo, en los delitos contra la propiedad —como se desprende de la propia redacción legal— y en los delitos contra el honor. Mas ocurre que en algunos delitos contra los particulares es *discutible* que el interés protegido sea exclusivamente privado y renunciable.

---

9. Antón Oneca, JG, p. 258, lo fundamenta, siguiendo a Binding, en que, por lo menos, en algunos casos de consentimiento, el sujeto ejercita un derecho que le es transmitido por el titular del bien jurídico. En sentido parecido Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 492.

10. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 498; Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 365 s.; Romeo Casabona, El médico, pp. 275 ss. Respecto a las lesiones cfr. Suárez Montes, Consentimiento en las lesiones, p. 124, nota 9, y Lesiones consentidas en el Proyecto, pp. 15 s.; Cobo del Rosal, ADPCP 1964, pp. 265 ss.

a) En los **delitos contra la vida humana** es seguro que el Código *no* con- **15**
cede eficacia eximente al consentimiento. Ello pone de manifiesto que nuestro Derecho concibe el derecho a la vida como irrenunciable —lo que puede fundarse ya sea en la consideración de la vida humana y/o de la prohibición de matar a otra persona como bienes dotados de un *valor social* que trasciende al interés particular de su titular, ya sea en el hecho de que, a diferencia de otros derechos fundamentales, la renuncia a la vida es *irreversible* e imposibilita para siempre del disfrute del contenido esencial de éste y de cualquier otro derecho—.[11] El CP castiga el homicidio solicitado por la víctima (art. 143, 3) así como la inducción u otro auxilio al suicidio (art. 143, 1 y 2). Sin embargo, la presencia del interés privado permite en estos casos que la voluntad de la víctima influya, no para eximir, pero sí para *disminuir* la penalidad:

El que da muerte al suicida que se lo pide, es castigado con la pena de prisión de seis a diez **16**
años, o con la pena inferior en uno o dos grados, en los casos de eutanasia del nº 4 del art. 143. Estas penas son menos graves que la señalada al homicidio (prisión de diez a quince años) y aún menos que la del asesinato (cuyas circunstancias pueden concurrir).[12] También el auxilio y la inducción al suicidio se castigan con menor rigor que los referidos a otro homicidio, los cuales constituirían autoría asimilada del art. 28. Nótese, sin embargo, que el art. 143 no se contenta con el consentimiento de la víctima, sino que requiere *más*: que la misma quiera suicidarse. En el art. 143, 3 y 4 no cabe todo homicidio *consentido*, sino sólo el homicidio *solicitado*.[13] Puede decirse, pues, que el mero consentimiento es ineficaz en los delitos contra la vida.

b) En el **aborto** el consentimiento de la embarazada por sí solo no exime, **17**
pero *atenúa* la pena: el art. 144 CP castiga el aborto sin consentimiento con mayor pena que la que prevé el art. 145 para el consentido. No obstante, si al consentimiento de la mujer se suman las indicaciones (médica, eugenésica y ética) previstas en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, procede la impunidad. Puede decirse que el consentimiento decide la impunidad en los supuestos previstos en dicho artículo.[14] Pero aquí el consentimiento no opera como causa de justificación *independiente*, sino como presupuesto del conflicto entre la vida del feto y los intereses de la madre que sirve de base a las indicaciones, pues sin consentimiento de la mujer no existe tal conflicto.

---

11. Aunque esta concepción acogida por el CP está perdiendo terreno en la conciencia social, que parece evolucionar hacia una consideración de la vida como un bien personal del que ha de poder disponer libremente su titular. En esta línea vid., p. ej., Arthur Kaufmann, en Mir Puig (ed.), Avances de la Medicina, pp. 53 s. No obstante, el TC ha declarado, con razón, que el derecho a la vida reconocido por la Const. no incluye el derecho a la muerte (STC146/1990, de 1 oct.).

12. Quintano Ripollés, Tratado, I, p. 670, cree que la concurrencia de alevosía es inevitable en este caso. Ello es discutible.

13. Cfr. Rodríguez Devesa, PE (1983), p. 69.

14. En caso de urgencia por riesgo vital de la gestante, podrá prescindirse del consentimiento expreso (art. 417 bis 1º II CP 1973), pero ello debe entenderse en el sentido de que no es necesario que el consentimiento sea expreso, bastando que pueda presumirse (consentimiento presunto).

18 *c*) Especial complejidad encierra la problemática del consentimiento en las **lesiones**.

19 Es discutible si la integridad física y la salud del ser humano debe protegerse penalmente como intereses exclusivamente privados y/o renunciables. Tal vez la respuesta no pueda ser uniforme para todo el ámbito de la integridad física y la salud, pues son bien distintos los casos que comprende, desde la mutilación de un miembro principal hasta golpes o malos tratos. En los Códigos penales de Alemania (de 1975) y Austria (de 1975), se admite la eficacia eximente del consentimiento en las lesiones *salvo que el hecho se oponga a las buenas costumbres* (§ 226 a StGB alemán y § 901 StGB austríaco). Una fórmula no lejana a ésta se propuso en el Proyecto de CP español 1980: disponía que «salvo en los supuestos en que expresamente se establezca otra cosa, las lesiones castigadas en este título que sean producidas con el consentimiento del ofendido, sólo se sancionarán cuando se estimen *socialmente reprobables*, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la señalada para las lesiones de que se trate» (art. 177). El defecto de estas fórmulas es que condicionan la intervención del Derecho Penal al dato *moralizante* de la reprobación social,[15] que nada tiene que ver con la presencia o ausencia del bien jurídico protegido en estos delitos: la integridad física en cuanto condición de posibilidades de participación del sujeto en la vida social.

20 Con anterioridad a la reforma de 1983, el CP regulaba de forma muy insatisfactoria esta materia.

21 En la reforma de 1963 se había introducido, como Disposición general en un último Capítulo del Título VIII del libro II, la siguiente redacción del art. 428: «Las penas establecidas en el Capítulo anterior —relativo a las lesiones— se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado». Tal declaración, que resultaba inoportuna, podía interpretarse como exclusión de toda virtualidad atenuatoria al consentimiento en las lesiones.[16] Mas un importante sector de la doctrina estimaba que, pese al art. 428, la regulación que el Código preveía para las lesiones obligaba a mantener la solución contraria y admitir con carácter general la eficacia del consentimiento.[17]

22 De hecho, la realidad social hacía intolerable castigar en ciertos casos de intervenciones quirúrgicas como los de esterilizaciones voluntarias,[18] cirugía transexual, etc., sin contar con la problemática de ciertos deportes como el boxeo. La **reforma de 1983** introdujo un segundo párrafo en el art. 428 CP que

---

15. Críticamente: Berdugo, Lesiones, p. 74; Jorge Barreiro, CPC 1982, pp. 14 ss. Así también la enmienda nº 171 del Grupo Comunista al Proyecto 1980.

16. Así: Suárez Montes, Lesiones consentidas en el Proyecto, pp. 8 ss.; Muñoz Conde, PE, 10ª ed., 1995, pp. 110-111; Romeo Casabona, El médico, pp. 89 ss.; Ferrer Sama, Comentarios, IV, pp. 334 ss.

17. Así Rodríguez Devesa, PE (1983), p. 148 (que siguió considerando impune toda lesión consentida, incluso después de la Reforma de 1983, por entender que puede verse como cooperación en una autolesión, que es atípica); Quintano/Gimbernat, Tratado, I, 1 (1972), p. 792; Gimbernat, en Quintano/Gimbernat, op. cit., pp. 794 ss. Personalmente me manifesté a favor de la impunidad de las lesiones no sólo aceptadas, sino solicitadas por la víctima, supuesto paralelo al del auxilio ejecutivo del llamado homicidio-suicidio (homicidio solicitado por el suicida) previsto ahora en el art. 143: siendo la automutilación sin duda atípica y no existiendo un precepto como el art. 143 que castigue el auxilio a la misma, éste podría considerarse también atípico. Cfr. Mir Puig, Adiciones, p. 533. No hay que descartar que una interpretación como ésta pudiera seguir siendo aplicable.

18. Vid. García Arán, Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 251 ss.

consagró la **eficacia del consentimiento** en los casos más importantes. Su texto se modificó en 1989.

El CP 1995 ha vuelto a modificar esta materia admitiendo **con carácter general** que «el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido» conduce a la **pena inferior** en uno o dos grados a la en su caso señalada (art. 155). El art. 156 mantiene sustancialmente el mismo contenido del párrafo segundo del anterior art. 428. Sigue admitiendo la **eficacia eximente** del consentimiento en los mismos casos: **23**

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil». **24**

Es discutible la exigencia del carácter de «facultativo» del autor, si se entiende en el sentido de persona en posesión del título formal de médico, pues el mismo puede faltar por causas puramente burocráticas (títulos no convalidados). Tal vez debiera prosperar una interpretación no formal del término «facultativo». Por último, la enumeración del nuevo párrafo del art. 156 es insuficiente: piénsese en deportes como el boxeo, en los supuestos de sado-masoquismo dentro de ciertos límites, etc. Es cierto, no obstante, que estos casos no llegan a los Tribunales. **25**

Debe tenerse en cuenta que los tipos de lesiones no incluyen en general la conducta del que se **autolesiona**, por lo que tampoco cabe reputar punible la **participación en una autolesión** (induciendo o cooperando a ella). **26**

d) El consentimiento puede eximir tanto en los delitos dolosos como en los **delitos imprudentes**. En éstos se plantean, sin embargo, las dos cuestiones siguientes: primera, ¿ha de referirse el consentimiento al *resultado* lesivo, sólo a la *conducta* descuidada o a ambas cosas a la vez?; segunda, ¿cabe considerar eficaz el consentimiento en los delitos imprudentes con resultado de *muerte*? La primera cuestión debe resolverse previamente a la decisión de la segunda. **27**

Con frecuencia se consiente en una conducta descuidada que pone en peligro la integridad física o la vida, sin que ello suponga que se consienta en el eventual resultado. *Ejemplo:* el acompañante consiente en que el conductor conduzca **28**

imprudentemente, pero no por ello consiente en tener un accidente y sufrir graves lesiones. Es raro que se consienta en la lesión. La pregunta es, en tales casos, si puede resultar eficaz el consentimiento que sólo alcanza a la acción y no al resultado, para eximir en caso de que se produzca el resultado lesivo. Me inclino por entender que basta que el consentimiento se refiera a la *conducta* descuidada.[19]

29 Esta solución permite abordar la segunda cuestión planteada, de si cabe admitir la virtualidad eximente del consentimiento en los **delitos imprudentes de los que resulta la muerte** del que consiente. No habría duda de que la respuesta debería ser negativa si el objeto del consentimiento se considerase que ha de ser el resultado de muerte, puesto que nadie puede consentir eficazmente en su muerte. Más discutible puede parecer la cuestión si el consentimiento sólo se refiere a la *conducta* imprudente, puesto que no es tan grave el riesgo para la vida como el resultado de muerte. Así, un sector de la doctrina admite la **eficacia del consentimiento en las acciones peligrosas para la vida**.[20] En Derecho español ello puede fundarse en la consideración de tales acciones como manifestación del «*libre desarrollo de la personalidad*» que tutela la Constitución. Téngase en cuenta que respetar la voluntad del que consiente en el riesgo no es respetar la voluntad de ser matado —cosa que rechaza el Derecho vigente—, sino la de vivir peligrosamente, y que no son raros los ejemplos que la vida actual ofrece de deportes u otras actividades socialmente aceptadas que implican someterse a peligros para la vida.[21]

30 Debe distinguirse el caso del que consiente en que otro le ponga en peligro de muerte, del supuesto de **quien se pone a sí mismo en peligro de forma descuidada y solicita u obtiene el auxilio de otros**. En este caso debe admitirse la *impunidad de los cooperadores* porque el supuesto es estructuralmente coincidente con el auxilio al suicidio previsto en el art. 143 CP y, sin embargo, no se halla previsto por la ley. Se trata de una conducta de participación en un hecho imprudente, que —si se admite, como hace la doctrina española— no puede castigarse si la ley no considera típico el hecho principal (accesoriedad de la participación). Pues bien, es evidente que es impune el hecho principal de ponerse a uno mismo en peligro, como lo es el propio suicidio. Lo mismo vale para la inducción a otro a ponerse en peligro de morir.[22]

---

19. Así Jescheck, Tratado, p. 814; Berdugo, CPC 1981, pp. 215 ss.

20. Así, p. ej., Schaffstein, Welzel-Fest., pp. 570 ss. En contra Jescheck, Tratado, p. 813; respecto al acompañante que consiente en la conducción imprudente: Geppert, ZstW 83 (1971), pp. 947 ss. Roxin, Problemas, pp. 190 ss., exige acertadamente para la impunidad algo más que el mero tolerar por parte de la víctima que otro le ponga en peligro: requiere que la aceptación del peligro equivalga plenamente a una autopuesta en peligro (así, sin duda, cuando el acompañante induce al conductor a infringir la norma de cuidado). Weber, Baumann-Festschrift, pp. 47 ss., admite la eficacia del consentimiento en el riesgo cuando no es ilícito y no se opone a las buenas costumbres (en base a la cláusula del § 226 a StGB que exceptúa de la impunidad de las lesiones consentidas las que se opongan a las buenas costumbres).

21. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1991, p. 267. Admite este punto de partida y desarrolla el principio de imputación preferente a la víctima de los hechos que la ponen en peligro y que co-organiza con otras personas Cancio, Conducta de la víctima, pp. 276 ss.

22. Ofrece otros argumentos en favor de esta conclusión Luzón Peña, Notas a Roxin, Problemas, pp. 189 s. En Alemania la jurisprudencia (BGHSt, 32, 262) y la doc. dom. llegan también a la solución

IV. Requisitos

31 El consentimiento no requiere reunir los requisitos necesarios para una declaración negocial del Derecho civil, puesto que constituye una *institución propia del Derecho penal*. No importan aquí los principios de protección del menor de edad o del tráfico jurídico, sino sólo si el consentimiento excluye el merecimiento de pena del hecho consentido.[23] De este punto de partida arranca la teoría jurídico-penal de los requisitos del consentimiento.

32 *a*) *No* es preciso que el sujeto que consiente disponga de la *capacidad jurídico-civil* para negociar válidamente, sino que basta en principio la **capacidad *natural* de discernimiento** que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento.[24] Sin embargo, en *algunos* delitos se señalan **límites de edad más elevados**. Por ejemplo, el CP considera abuso sexual no consentido el que se ejecute sobre una persona menor de 16 años, siendo ineficaz su consentimiento aunque tenga discernimiento natural, salvo que entre autor y víctima medie proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez. Y, como se vio (*supra* III c), en materia de lesiones los arts. 155 y 156 no confieren validez al consentimiento de un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o que carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, respectivamente.

33 *b*) Se discute si es preciso o no que el consentimiento se manifieste *externamente*. Anteriormente se contraponían la **teoría de la declaración de voluntad**, que exigía la manifestación externa como en un negocio jurídico, y la **teoría de la dirección de voluntad**, que se contentaba con la conformidad interna del afectado. En la actualidad se ha impuesto una **dirección intermedia**, que exige (sólo) que el consentimiento sea *reconocible* externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho civil.[25] Ello no es óbice

---

de la impunidad del partícipe, pero por la vía de imputar únicamente el hecho al que a conciencia se pone a sí mismo en peligro (criterios de la «autorresponsabilidad» (Eigenverantwortlichkeit) y del fin de protección de la norma): cfr. Weber, Spendel-Festschrift, pp. 374 ss., que, sin embargo, no admite esta solución cuando la actuación peligrosa está prohibida.

23. Así Jescheck, Tratado, p. 520, y Jorge Barreiro, CPC 1982, p. 22.

24. Así Jorge Barreiro, CPC 1982, p. 23, alegando la reforma de 13 mayo 1981 del Código civil, que dio lugar a que el art. 162.1.º CC exceptúe de la representación legal que se concede a los padres respecto de sus hijos emancipados «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». A ello hay que añadir que la Ley Orgánica de 5 de mayo 82 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone en su art. 3, 1, que «el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil".

25. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, p. 521. En España, se declaran a favor de la teoría de la dirección de voluntad Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 499 s., pero exigen también una manifestación objetiva del consentimiento.

a que en *algún* caso la ley pueda requerir que el consentimiento *se manifieste expresamente*, como hacen los arts. 155 y 156, en las lesiones, y el art. 417 bis del anterior CP (aún vigente), en las indicaciones del aborto. En cualquier caso, el consentimiento no puede producirse con posterioridad (sin perjuicio de la posibilidad del «consentimiento presunto»: *infra*, V).

34 *c*) ¿Es necesario que el autor **conozca** el consentimiento? No es preciso que el autor tenga conocimiento del **«acuerdo»** —si éste es *reconocible* externamente, según lo dicho—, para que quede desplazado el tipo de delito de que se trate. Sin embargo, quien actúa desconociendo el consentimiento no quedará impune, sino que será punible por **tentativa inidónea**. Aunque la efectiva existencia del consentimiento hace desaparecer el tipo consumado, el autor que lo desconoce intenta, siquiera sea de forma inidónea, realizarlo.[26]

35 *Ejemplo:* Quien toma una cosa mueble sin saber que su dueño la ha abandonado no realiza el delito de hurto, porque existe consentimiento, pero es punible por tentativa inidónea de hurto.

36 En cuanto al **«consentimiento» justificante**, su desconocimiento plantea la problemática general de *falta del elemento subjetivo de justificación*. Según la opinión mantenida en esta obra, habrá que aplicar una **eximente incompleta** (cfr. *supra*, Lec. 16, I 4 B).

37 *d*) *No* es aplicable la teoría jurídico-civil de los **vicios de la voluntad**. La **coacción** excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el **error** y el **engaño** sólo lo hacen cuando afectan a la *cantidad y cualidad* de la injerencia consentida. *No* hace ineficaz el consentimiento el **error en los motivos**, el **error sobre la identidad de la persona** a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el **error en la declaración**.[27] Existe error en los motivos cuando afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente.

38 *Ejemplo:* La vecina consigue, alegando un pretexto falso, que se le permita la entrada en una casa, y puede así curiosear los muebles; hay consentimiento eficaz aunque el motivo por el que se prestó fuera falso.[28] El error sobre la identidad de la persona del

---

26. Así la op. dom. en Alemania: cfr. Maurach/Zipf, AT, §17/63 s.; Roxin, AT, § 13/46 (aunque para Zipf y Roxin esta solución vale para toda conformidad de la víctima, porque en todo caso la consideran excluyente de la tipicidad).

27. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 522.

28. Cfr. un ejemplo parecido en Kern/Schmidhäuser, Strafrechtsfälle, I, 1975, pp. 13 s. Distinto sería el caso del médico que consigue el consentimiento para operar alegando una falsa necesidad de hacerlo: aquí el motivo de la necesidad es fundamental, porque la operación necesaria puede disminuir un riesgo existente, lo cual ha de tenerse en cuenta para ponderar la importancia de la intervención. Ello conecta con el tema del deber de información del médico: cfr. sobre el mismo Jorge Barreiro, CPC 1982, pp. 26 s.

autor no tiene trascendencia suficiente, por ejemplo, cuando no varía la *peligrosidad* de su intervención. Así, cuando se yerra sobre la persona que debe practicar una intervención quirúrgica si no se halla menos cualificada. Por último, concurre error en la declaración cuando la *declaración* del consentimiento se aparta de la *auténtica voluntad* del sujeto. Este error no puede perjudicar a quien actúa confiando en la declaración efectuada.

Puede suceder, por otra parte, que **la ley penal siga atribuyendo eficacia al consentimiento aunque concurra cualquier clase de engaño o error**. Es lo que ocurre en las agresiones sexuales. El consentimiento de la víctima excluye la concurrencia de estos delitos aunque se deba a error o engaño. Si existe engaño podrá concurrir únicamente un delito de abuso sexual (art. 183). Pero ni siquiera concurrirá este otro delito, aunque el consentimiento de la víctima se base en un error, si éste no se debe a engaño por parte del autor, pues sólo dicho engaño da lugar al delito. **39**

V. El consentimiento presunto

En ocasiones el titular de un bien jurídico determinado *no puede* manifestar su consentimiento, pero resulta seguro que *lo prestaría si pudiera*. Ello puede suceder cuando el titular se halla *ausente o inconsciente*. Si en tal caso otra persona interviene en sus derechos en la seguridad de que el titular lo consentiría si pudiera, obra amparado por el llamado **consentimiento presunto**.[29] **40**

Ejemplo: El médico puede practicar una operación que requiere el consentimiento del paciente, aunque éste no pueda prestarlo por hallarse inconsciente, sí es seguro que lo consentiría si estuviera consciente. Al ver un escape de agua en un piso vecino durante una larga ausencia de su morador, el vecino entra forzando la cerradura para reparar la avería. **41**

Cuando la intervención resulte necesaria para salvar un *bien no disponible* por su titular, como la vida, no hará falta acudir a la figura del consentimiento presunto, sino que bastará que el hecho resulte amparado por **estado de necesidad** *(auxilio necesario)*.[30] En cambio, *si el bien en peligro es disponible* por su titular, *sólo* es lícito intervenir si concurre **consentimiento presunto**, pues podría suceder que el titular prefiriese asumir la lesión del bien en peligro antes que la intervención lesiva necesaria para evitar aquélla. **42**

29. Cfr. Roxin, Welzel-Fest. pp. 447 ss.

30. Considera preferible la solución del estado de necesidad a la del consentimiento presunto en el tratamiento médico-quirúrgico. Romeo Casabona, El médico, pp. 366 s. En esta línea, aunque sin descartar la posibilidad del consentimiento presunto, Jorge Barreiro, CPC 1982, pp. 21 s.

43 *Ejemplos:* El médico puede intervenir quirúrgicamente a quien se halle inconsciente si ello constituye la única forma de salvar su vida, aunque pudiera haber dudas de si el paciente consentiría (auxilio necesario). En cambio, en el ejemplo antes propuesto el vecino no puede entrar en la vivienda inundada si sabe que el morador no lo consentiría ni siquiera en ese caso. La situación sería distinta si el agua amenazase con dañar otras viviendas.

44 Lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la **probabilidad *ex ante*** de que el titular consentiría. No dejará de eximir aunque luego *(ex post)* resulte que, contra todo pronóstico, el titular no aprueba la intervención. Concurriendo la suficiente probabilidad *ex ante* conocida por el autor, los delitos en que puede eximir, así como los requisitos que exige, son *servata distantia* los mismos que para el consentimiento efectivamente formulado.

B. LA ADECUACIÓN SOCIAL[31]

45 1. La vida social conoce un buen número de *actividades peligrosas o hasta lesivas que por su utilidad social se consideran perfectamente lícitas*: los transportes terrestres, marítimos y aéreos, el tráfico automovilista, ciertas empresas peligrosas como las explotaciones mineras y muchas otras, la investigación espacial, los deportes, etc. Desde Welzel se habla en estos casos de **conductas socialmente adecuadas**. Tras ciertas vacilaciones en cuanto a la naturaleza de la adecuación social como **causa de *justificación* o de exclusión de la propia *tipicidad*,** la doctrina dominante en Alemania se inclina por la segunda solución. Se entiende que la adecuación social constituye un *criterio de interpretación* que obliga a restringir el alcance literal de los *tipos* de la Parte Especial, excluyendo de los mismos aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados. Ello se funda en el principio de que no puede ser voluntad de la ley, al delimitar las conductas *penalmente relevantes* —función propia de los tipos (penales)—, el incluir actividades socialmente adecuadas.[32]

46 La adecuación social determinaría, por esta vía, la impunidad de hechos que de otro modo aparecerían como **imprudentes**, o incluso **dolosos**. El supuesto más importante en la práctica es el primero. Las conductas socialmente adecuadas se suelen permitir porque, siendo útiles, no son directamente lesivas, sino sólo peligrosas. Quien respeta el margen de **riesgo permitido** no ha de incurrir en responsabilidad penal aunque cause un resultado que, tratándose de otra clase de actividad peligrosa no adecuada socialmente, sería imputable a imprudencia. Pero a veces se permiten socialmente conductas que implican en sí

31. Vid. Hirsch, ZStW 74 (1962), pp. 78 s.; Peters, Welzel-Fest., pp. 420 ss.; Roxin, Klug-Fest. pp. 303 ss.

32. Cfr. Welzel, Lb. pp. 55 ss.; Jescheck, Tratado, pp. 341 s.; Maurach/Zipf, AT, § 17 II 21.

mismas lesiones dolosas: es el caso del boxeo, que entraña malos tratos de obra. Por otra parte, una actividad peligrosa socialmente adecuada no dejará de estar permitida por el hecho de que un determinado sujeto la emprenda con el deseo de que se produzca una lesión. En este sentido suele mencionarse el caso del sobrino que hace subir repetidamente a su tío rico en baratos vuelos chárter con el propósito de que sufra un accidente y le deje su herencia.[33]

47 2. En la **doctrina española** actual algunos autores han rechazado la teoría de la adecuación social por distintas consideraciones. Así, se considera «inadmisible en nuestro Derecho» por entender que todos los casos para los que se piensa la teoría deben forzosamente incluirse, cuando merezcan ser tomados en consideración, en la causa de justificación del art. 20, 7º CP, como ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.[34] Si efectivamente el art. 20, 7º CP bastase para la correcta solución de los casos que intenta resolver la teoría de la adecuación social, ésta perdería su sentido. Mas no siempre que se realiza una conducta «socialmente adecuada» que en absoluto determina reprobación social (aparte quedan los comportamientos meramente *tolerados*) puede afirmarse el ejercicio de un derecho, ni menos el cumplimiento de un deber. Ya resulta forzado afirmar la presencia de un «derecho» en los casos en que el sujeto no se halla en situación jurídica concreta alguna que le otorgue un específico derecho subjetivo, e identificar, así, el «ejercicio de un derecho» con la «actuación lícita o no prohibida». Pero, sobre todo, no siempre puede decirse que la conducta adecuada socialmente se halle permitida por el Derecho, lo que en particular sucederá siempre que falte a la conducta algún requisito de licitud concomitante y tal falta no aumente su normal peligrosidad. Éste será el caso de la conducción de vehículos perfectamente ajustada al riesgo permitido en el tráfico por quien carece de permiso de conducción pero sabe conducir correctamente. Concurrirá aquí la responsabilidad inherente a la ilicitud concomitante, pero sería absurdo añadir la responsabilidad penal por el resultado causado.[35]

48 Por lo tanto, tampoco en nuestro Derecho puede obviarse la necesidad de acudir a la adecuación social como criterio propio.[36] Por supuesto que la

33. Cfr. Welzel, Lb. p. 56.

34. Así Rodríguez Devesa, PG, p. 483, y Sáinz Cantero, Lecciones, p. 558.

35. Por ello, tampoco podía sustituir a la teoría de la adecuación social la regulación del anterior art. 8, 8.º CP (hoy suprimido), según la interpretación que del mismo propuso Rodríguez Muñoz, Notas II p. 39, como relativo al riesgo lícito, pues como se ve no siempre concurre la licitud requerida por aquel precepto, aparte de que el mismo sólo alcanzaría a los hechos no intencionados.

36. Cuestiona la necesidad de la adecuación social como criterio independiente de exclusión de la tipicidad Roxin, Klug- Fest., pp. 203 ss. Tiene razón al advertir que la moderna teoría de la imputación objetiva contempla ya, como uno de los presupuestos de la imputación típica, la creación de un riesgo que no resulte socialmente adecuado (cfr. supra Lec. 10), pero ello no obsta en absoluto a que, la adecuación social constituya uno de los criterios que condicionan la tipicidad, sino que afecta sólo al lugar sistemático en que debe situarse dicho criterio: la teoría general de la imputación objetiva.

fundamentación de su operatividad en Derecho penal ha de ser *jurídica*,[37] pero es plenamente jurídica la fundamentación siguiente: el intérprete debe partir de que la *voluntad de la ley* deja tácitamente fuera del tipo legal las conductas perfectamente adecuadas a la vida social. Este es un punto de partida que debe adoptarse para un Derecho penal *democrático*, que evite en lo posible la contradicción entre las valoraciones jurídicas y las de la sociedad.

3. *Naturaleza dogmática*

49 Es discutible si la adecuación social debe **excluir el propio tipo o constituir una causa de justificación**. La cuestión depende, evidentemente, del concepto de tipo que se maneje y de su distinción respecto de las causas de justificación. Quien admita que el tipo cumple la función de seleccionar los comportamientos *penalmente relevantes por su especial gravedad*, podrá entender que el tipo debe limitarse a describir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de cierta importancia tanto por el valor del bien lesionado o por la proximidad de su puesta en peligro, como por la forma en que se efectúan. Ello permitirá entender que las actividades socialmente adecuadas *no realizan ningún tipo* por razón de su escasa gravedad. Ciertamente algunos de los comportamientos socialmente adecuados no lo son tanto por su escasa peligrosidad o dañosidad material, como por la valoración social del contexto en que se producen, pero ello basta para una concepción que entienda las acciones en su significado social.

50 *Ejemplos:* La práctica de ciertos deportes como el fútbol entraña ciertas injerencias en bienes jurídico-penales, que se consideran socialmente adecuadas por su escasa dañosidad y por el contexto en que se producen —en el cual juega un papel básico el consentimiento de la víctima en participar en el juego (aunque no llegue a consentir en el hecho concreto). Aunque el boxeo implica una serie de malos tratos intencionales y lesiones dolosas (aunque sea con dolo eventual) cuya gravedad material no puede considerarse tan insignificante, su significado social como parte del boxeo impide que reciban una suficiente desvaloración social.

51 4. Un principio muy próximo al de la adecuación social es el de la **insignificancia**.[38] Aunque algunos autores lo incluyen en aquél, puede distinguirse del mismo porque no supone la total *aprobación* social de la conducta, sino sólo una relativa tolerancia de la misma por su escasa gravedad. Es lo que sucede en las *faltas deportivas* cometidas en contra del reglamento respectivo pero que entran dentro de lo «normal» en el juego (zancadillas, patadas, etc.). Pero también

37. Rodríguez Mourullo, PG I pp. 265 s., objeta a la teoría de la adecuación social que no es la «socialidad», sino la adecuación a Derecho y las valoraciones jurídicas lo que importa para decidir la tipicidad.

38. Vid. Ostendorf, GA 1982, pp. 332 ss.; Roxin, Política criminal, p. 53.

en sectores importantes del tráfico cabe mencionar supuestos de «insignificancia». Así, en los *transportes* se producen empujones y otras molestias que no se «aprueban», pero se «toleran»; en el *tráfico rodado* existen ciertos comportamientos incorrectos que no pueden considerarse suficientemente graves para dar lugar a coacciones penales, como sucede en el caso de vehículos que en la autopista impiden adelantar durante un cierto tiempo por ocupar el carril izquierdo innecesariamente;[39] y en el ámbito de la *publicidad de productos*, se producen continuamente pequeños engaños sobre sus cualidades que, aun siendo eficaces, no se consideran lo bastante graves para constituir estafa.

Es evidente, según el planteamiento efectuado en el número anterior, que el principio de insignificancia debe operar como causa que **impide la presencia misma de un tipo penal**. **52**

39. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1977, pp. 300 s.

Lección 20.
LA IMPUTACIÓN PERSONAL: TEORÍA GENERAL

Bibliografía

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *el mismo*, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 135 ss.; *Albrecht*, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, pp. 193 ss.; *Ayer*, Ensayos filosóficos, 1986, pp. 245 ss.; *Agudelo*, Imputabilidad y responsabilidad penal, 2008; *Ambos*, La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal. Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias, en ADPCP, 2010; *Bacigalupo*, Bemerkungen zur Schuldlehre, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 477 ss.; *el mismo*, Shuld und Prävention..., ZStW, 92, pp. 747 ss.; *Bajo*, La intervención médica contra la voluntad del paciente, ADPCP 1979, pp. 491 ss.; *Bauer*, Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957; *Baumann*, Soziale Verantwortung ohne soziale Freiheit?, JZ 1969, pp. 181 ss.; *el mismo*, Schuld und Verantwortung, JZ 1962, pp. 41 ss.; *Baumgarten/Eser (ed.)*, Schuld und Verantwortung, 1983; *Baurmann*, Schuldlose Dogmatik?, en Lüderssen/Sack (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, 1980, pp. 196 ss.; *el mismo*, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; *Beling*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910; *Biewald*, Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit. Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen, 2003; *Blanco Lozano*, El concepto penal de imputabilidad, La Ley, 2002; *Bockelmann*, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), pp. 372 ss.; *el mismo*, Studien zum Täterstrafrecht, 1939-40; *el mismo*, Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 543 ss.; *Bopp*, Der Gewissenstäter, 1974; *Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, pp. 261 ss.; *Bruzzone*, El principio de culpabilidad penal, Buenos Aires 2005; *Burkhardt*, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976, pp. 336 ss.; *el mismo*, Überlegungen zu einer dispositionalen Deutung des Andershandelnkönnens, en Baurmann y otros (ed.), Analyse und Kritik, 3, 1981, pp. 155 ss.; *el mismo*, Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesselschaft, en Senn/Puskás (eds.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, 2006; *Bustos*, Control social y sistema penal, 1987; *Cairoli*, La capacidad de culpabilidad y su exclusión (inimputabilidad), en LH al Prof. Barbero Santos, 2001; *Cancio*, Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias, en feijoo (ed.), Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias, 2012; *Carbonell/Gómez Colomer/Mengual*, Enfermedad mental y delito, 1987; *Casabona*, Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement"), en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, 2013*; el mismo*, Presupuestos biológicos y culpabilidad penal, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Cerezo Mir*, Culpabilidad y pena, ADPCP 1980, pp. 347 ss.; *el mismo*, Der materielle Schuldbegriff, ZStW 108 (1996), pp. 9 ss.; *Chan Mora*, Capacidad de culpabilidad penal y libertad de decisión.: Acerca del debate entre las Neurociencias, LH al Prof. Castillo González en sus 70 años, 2014; *Cobreros*, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, 1988; *Codino*, Imputabilidad penal: entre la historia y la prehistoria, RDPC, 2012; *Córdoba Roda*, Culpabilidad y pena, 1977;

el mismo, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, 1963; *Cortes Rosa*, La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del Derecho penal, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 247 ss.; *Cruz Blanca*, La actio libera in causa en el derecho penal español y su aplicación jurisprudencial, en CPC (112) 2014; *Cuello Contreras*, Antijuridicidad, culpabilidad y exigibilidad, en LH al Prof. E. Bacigalupo, 2004; *Danner*, Gibt es einen freien Willen?, 3ª ed., 1974; *Demetrio Crespo*, Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, RGDP (8) 2007; *el mismo*, Schuld und Strafzwecke, en Festschrift für C. Roxin 80. Geburtstag, 2011; *el mismo*, Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal, InDret 2/2011; *el mismo*, Identidad y responsabilidad penal, 2013; *el mismo*, "Humanistischer Kompatibilismus": Ein Versöhnungsvorschlag zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht, GA, 2013; *el mismo*, ¿Libertad versus determinismo en Derecho penal?, en Revista de derecho y genoma humano, 2014; *Detlefsen*, Grenzen der Freitheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht, 2006; *Díaz Palos*, Culpabilidad jurídico-penal, 1954; *Díez Ripollés*, Aspectos generales de la imputabilidad, EDJ, 2006; *zu Dohna*, Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStW 32 (1911), pp. 323; *Dreher*, Die Willensfreiheit, 1987; *Duttke*, Das Ich und das Gehirn. Die Herausforderungen der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)recht, 2009; *Ebert*, Der Überzeugungstäter, 1975; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, en Lüderssen/Sack (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1975, pp. 266 ss.; *Engisch*, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942), pp. 166 ss.; *el mismo*, Die Lehre der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2ª ed., 1965; *el mismo*, Über die Charakterschuld, MSchrKrim 1967, pp. 108 ss.; *el mismo*, La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal, trad. y Estudio preliminar de *Guzmán Dalbora*, Valparaíso 2006; *Fakhouri*, Tercera sesión: libertad y culpabilidad, en Cancio/Feijoo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008; *Feijoo*, Derecho penal y neurociencias: ¿Una relación tormentosa?, en Feijoo (ed.), Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias, 2012; *el mismo*, Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias, en Feijoo (ed.), Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias, 2012; *Fernández Carrasquilla*, Hacia una dogmática penal sin culpabilidad, Nuevo Foro Penal, nº 16 (1982), pp. 954 ss.; *el mismo*, Culpabilidad y libertad de voluntad, en ADPCP, 2013; *Figueiredo Dias*, Culpa y personalidad, CPC nº 31 (1987), pp. 5 ss.; *Flores*, La objeción de conciencia en Derecho penal, 2001; *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, en Gießener Festschrift, 1907, pp. 3 ss.; *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *el mismo*, Culpabilidad y reproche en el Derecho penal, Montevideo 2003; *Frey*, Schuld, Verantwortung, Strafe als kriminalpolitisches Problem, en Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pp. 297 ss.; *Frisch*, Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht, en Festschrift für M. Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010; *el mismo*, Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad, en Feijoo (ed.), Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias, 2012; *Frister*, Die Struktur des «voluntativen Schuldelements», 1993; *el mismo*, Der Begriff der Schuldfähigkeit, MSchrKrim, 1994, pp. 316 ss.; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual (trad. Córdoba Roda), 1959; *García Arán*, El llamado principio de culpabilidad: ¿no hay pena sin culpabilidad?, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 401 ss.; *Gimbernat*, Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990; *Gödan*, Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, 1975; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht, 1913, p. 129; *el mismo*, Normativer Schuldbegriff, en Festgabe für Frank, I, 1930, pp. 428 ss.; *el mismo*, La concepción normativa de la culpabildiad, Buenos Aires, 1943; *Gómez Benítez*, Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, en Peces-Barba (ed.), Ley y conciencia, 1993, pp. 71 ss.; *el mismo*, Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 269 ss.; *el mismo*, Culpabilidad y pecado. Reflexiones sobre los límites al poder de la voluntad, en A.A.V.V., Estudios jurídicos en memoria de J. Mª. Lidón, 2002; *González-Rivero*, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre, 2001; *la misma*, Imputación jurídico-penal en estado de defecto, en LH al Prof. E. Bacigalupo, 2004; *Gracia Martín*, Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española, Actualidad Penal, 1993, pp. 547 ss.; *Grandi*, Cultura y culpabilidad frente a las Neurociencias, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Griffel*, Determination und Strafe, Archiv f. Rechts. u. Sozialphilosophie, 1994, pp. 96 ss.; *Grünhut*, Gefährlichkeit als Schuldmoment, en Festgabe für Aschaffenburg (MschrKrim 1926, Beiheft 1), pp. 87 ss.; *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren

Unrechts im demokratischen Rechtsstaat, 2005; *el mismo*, Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts, en Jenseits des Rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007; *Haddenbrock*, Die Unbestimmheitsrelation von Freiheit und Unfreiheit, en Der Nervenarzt 32 (1961), pp. 145 ss.; *el mismo*, Freiheit und Unfreiheit der Menschen im Aspeckt der forensischen Psichiatrie, JZ 1969, pp. 121 ss.; *el mismo*, «Steuerungsfähigkeit» zur Tatvermeidung..., MSchrKrim 1994, pp. 44 ss.; *el mismo*, Geistesfreiheit und Geisteskranheit. Grenzparameter forensischer Schuldfähigkeit, NStZ 1995, pp. 581 ss.; *el mismo*, Versuch anthropologischer Versöhnung von Determinismus und Indeterminismus im Strafrecht, en Festschrift für Slager, 1995, pp. 633 ss.; *el mismo*, Die temporalanthropologische Komplementarität der Feriheitsprämisse des Schuldsstrafrechts, MSchrKrim 1996, pp. 50 ss.; *Haft*, Der Schulddialog, 1978; *Nikolai Hartmann*, Ethik, 4ª ed., 1962; *Hassemer*, ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, CPC 18 (1982), pp. 473 ss.; *el mismo*, Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal, InDret, 2/2011; *Heinitz*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966), pp. 615 ss.; *Henkel*, Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, en Festschrift für Larenz, pp. 3 ss.; *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010; *Hierro*, Libertad y responsabilidad penal, ADPCP 1989, pp. 561 ss.; *Hirsch*, Strafrecht und Überzeugungstäter, 1996; *el mismo*, Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad, ADPCP, 2007; *el mismo*, Zur gegenwärtigen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht», ZIS, 2010; *el mismo*, Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y Derecho Penal, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Holzhauer*, Willensfreiheit und Strafe, 1970; *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969; *Hörnle*, Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Hormazábal*, Culpabilidad y actio libera in causa, en LH a la Profesora Díaz Pita, 2008; *Hoyer*, Accesibilidad normativa como elemento de culpabilidad, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Jager*, Libre determinación de la voluntad, causalidad y determinación a la luz de la moderna investigación del cerebro, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Jakobs*, Shuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, en Henrich (ed.), Aspekte der Freiheit, 1982, pp. 69 ss.; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 1993; *el mismo*, Individuum und Person. Strafrechtlicher Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, ZStW, 2005; *el mismo*, La culpabilidad de los foráneos, en Cancio/Feijoo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008; *el mismo*, Individuo y persona: Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica, en Cancio/Feijoo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008; *el mismo*, Culpabilidad jurídico-penal y "libre albedrío", en Feijoo (ed.), Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias, 2012; *el mismo*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012; *Jescheck*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; *Jiménez de Asúa*, Les problèmes modernes de la culpabilité, en Hommage à Constant, 1971, pp. 147 ss.; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982; *Arth. Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2ª ed., 1976, pp. 553 ss.; *el mismo*, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, en Festschrift für Lange, 1976, pp. 27 ss.; *el mismo*, Schuld und Prävention, en Festschrift für Wassermann, 1985, pp. 889 ss.; *el mismo*, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura, 1986, pp. 225 ss.; *Hilde Kaufmann*, ¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho penal?, trad. Landecho, ADPCP 1963, pp. 235 ss.; *W. Keller*, Das Problem der Willensfreiheit, en Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, V, 1960, pp. 541 ss.; *Kim*, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1987; *el mismo*, Grenzen des funktionalen Schuldbegriffs, tesis, Saarbrücken, 1995; *Kindhäuser*, Rechtstreue als Schulkategorie, ZStW 107 (1995), pp. 701 ss.; *Kindhäuser/Mañalich*, Pena y culpabilidad en el Estado de Derecho, 2011; *Krauss*, Schuld im Strafrecht - Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, en Festschrift für Schüler-Springorum, 1993; *el mismo*, Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, en Festschrift für H. Jung, 2007; *Krümpelmann*, Der Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit, ZStW 88 (1976), pp. 6 ss.; *el mismo*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, pp. 337 ss.; *Künsemüller*, Culpabilidad y pena, Santiago de Chile, 2001; *Kunz*, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986), pp. 823 ss.; *Lackner*, Prävention und Schuldunfähigkeit, en Festschrift für Kleinknacht, 1985, pp. 245 ss.; *Lampe*, Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre, ZStW, 2006; *Landrove*, Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal, 1992; *Lange*, Ist Schuld möglich?, en Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 261 ss.; *Von Liszt*, Aufsätze und Vorträge, II, 1905, pp. 25 ss.; *Lüderssen*, Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?, en Senn/Puskás (eds.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004; *el mismo*, Das Subjekt zwischen Metaphysik und Empirie. Einfluss der modernen Hirnforschung auf das Strafrecht?», en Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, 2006; *Luzón Domingo*, Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal, 1960;

Luzón Peña, Medición de la pena y sustitutivos penales, 1979; *el mismo*, Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995, LH Torío López, 1999, pp. 161 ss.; *el mismo*, Libertad, culpabilidad y neurociencias, InDret 3/2012; *Maiwald*, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, en Festschrift für Lackner, 1987, pp. 149 ss.; *Mangakis*, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), pp. 499 ss.; *Mañalich*, La exculpación como categoría del razonamiento práctico, en InDret 1/2013; *Martín Lorenzo*, La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal, 2009; *Martínez Garay*, Aproximación histórica al concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana, RDPCr nº 8 (2001), pp. 37 ss.; *la misma*, La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos, 2005; *la misma*, Imputabilidad y elementos del delito, en EDJ, 2006; *Maurach*, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; *Melendo*, El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad, 2002; *el mismo*, Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat, en ADPCP, 2007; *G. Merkel*, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht, 2006; *la misma*, El juego lingüístico de la culpabilidad, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *G. Merkel/Roth*, Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe, en Grün/Friedman/Roth (eds.), Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, 2008; *R. Merkel*, Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld, Gerechtigkeitswissenschaft - Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von L. Philipps, 2005; *el mismo*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2008; *el mismo*, Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen, ZStW, 2009; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982; *el mismo*, Culpabilidad e imputación personal en la teoría del delito, Aequitas, 2000; *Molina Fernández*, Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad), ADPCP, 2000; *el mismo*, ¿Culpabilidad sin libertad?, en Cancio/Feijoo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008; *Montiel*, ¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?, en InDret, 4/2014; *Morales*, Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora, LH Torío López, 1999, pp. 171 ss.; *Mougenot*, Más allá de la dogmática: la "inimputabilidad" del concepto de semiimputabilidad (reflexiones en torno a la insolubilidad de un tema), en LH al Prof. E. Bacigalupo, 2004; *Müller/Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Muñoz Conde*, El principio de culpabilidad, en Fernández Albor (ed.), III Jornadas de Profesores de Derecho penal, 1975, pp. 219 ss.; *el mismo*, Über den materiellen Schuldbegriff, GA 1978, pp. 65 ss.; *el mismo*, Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, 1981; *el mismo*, Culpabilidad y prevención general, en Mir Puig (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, 1982, pp. 171 ss.; *Neufelder*, Schuldbegriff und Verfassung, GA 1974, pp. 289 ss.; *Noll*, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, en Festschrift für H. Mayer, 1966; *el mismo*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966), pp. 638 ss.; *Neumann*, La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad, en RDPCr nº 13, 2004; *Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, en Festschrift für Rittler, 1957, pp. 55 ss.; *Núñez Gaitán/López Miguel*, Psicopatología y delincuencia: Implicaciones en el concepto de imputabilidad, RECPC, 2009; *Octavio de Toledo*, Sobre el concepto del Derecho penal, 1981; *Otto*, Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981, pp. 481 ss.; *Pardo/Patterson*, Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia, en InDret 2/2011; *Pereda*, El concepto normativo de la culpabilidad, ADPCP 1949, pp. 21 ss.; *Pérez Manzano*, Culpabilidad y prevención, 1990; *la misma*, Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia, InDret 2/2011; *Pérez del Valle*, Imputabilitas y teoría de la imputación, en InDret 2/2015; *Perron*, Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado ADPCP, 1988, pp. 137 ss.; *el mismo*, Rechtfertigung und Entscholdigung im deutschen und spanischen Recht, 1988; *Peters*, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 257 ss.; *Petrocelli*, La colpevolezza, 3ª ed., 1962; *Polaino Navarrete/Polaino-Orts*, Libertad como autodeterminación personal en el Derecho Penal, en LH al Prof. Rodríguez Ramos, 2013; *Pothast*, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980; *Prats*, La culpabilidad: principio y categoría dogmática, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 615 ss.; *Puppe*, Jedem nach seiner Schuld, ZStW 2008; *Quintano Ripollés*, Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad, ADPCP 1959, pp. 485 ss.; *Radbruch*, Über den Schuldbegriff, ZStW 24 (1904), pp. 333 ss.; *Ramos Vázquez*, Ciencia, libertad y Derecho penal, 2013; *el mismo*, La pregunta por la libertad de acción (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje), en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Ranieri*, El problema de la

culpabilidad y el futuro del Derecho penal, trad. Barbero Santos, 1964; *Reyes Echandía*, La culpabilidad, 2ª ed., 1982; *Rodríguez Muñoz*, La culpabilidad en el Tratado de Mezger, REDPubl. 1933, pp. 110 ss., 143 ss.; *Del Rosal*, La personalidad del delincuente en la técnica penal, 1949; *Ross*, Colpa, responsabilità e pena, 1972; *Roxin*, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad. Muñoz Conde, 1981; *el mismo*, Problemas básicos de Derecho penal, traduc. de Luzón Peña, 1976; *el mismo*, ¿Qué queda en pie de la culpabilidad en Derecho penal?, trad. Silva, CPC nº 30 (1986), pp. 671 ss.; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), pp. 641 ss.; *el mismo*, Schuldprinzip im Wandel, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 519 ss.; *el mismo*, El principio de culpabilidad y sus cambios, en el mismo, Dogmática penal y Política criminal, Lima, 1998, pp. 169 ss.; *Sáinz Cantero*, El desenvolvimiento histórico- dogmático del principio de «no exigibilidad», ADPCP 1960, pp. 419 ss.; *Sánchez Lázaro*, Deconstruyendo la culpabilidad, RP 2010; *el mismo*, El principio de culpabilidad como mandado de optimización, InDret 4/2011; *Sánchez Linde/Jiménez París*, Apuntes sobre las medidas de seguridad y la inimputabilidad incompleta en el sistema penal español, Diario La Ley, 2011; *Sánchez-Ostiz*, Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *el mismo*, La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?, en Sánchez-Ostiz, La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación, 2014; *el mismo*, ¿Incumbencias en Derecho penal? –Depende, en InDret, 1/2015; *Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92, pp. 682 ss.; *Schmidhäuser*, Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: die unrechtliche Tatgesinnung, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 485 ss.; *Schünemann*, La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, en Silva (ed. española), Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995, pp. 205 ss.; *el mismo*, La culpabilidad: estado de la cuestión (Felip/Ragués trads.), en Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, pp. 93 ss.; *Seebass*, Freiheit und Determinismus, en Zeitschrift f. philosophische Forschung, nº 47 (1993), pp. 1 ss. y 223 ss.; *Seebaß*, Freiheit und Determinismus, en Zeitschrift für philosophische Forschung, v. 47, pp. 1 ss. y 223 ss.; *Seelmann*, Neue Entwicklungen beim strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff, Jura 1980, pp. 505 ss.; *Silva*, Zum Stand der Diskussion über den Schuldbegriff sowie über die Verbandsstrafe in der spanischen Doktrin und Gesetzgebung, en GA (5) 2015; *Stratenwerth*, El futuro del principio de culpabilidad, trad. Bacigalupo/Zugaldía, 1980; *el mismo*, Willensfreiheit - eine staatsnotwendige Fiktion? SchwZStr 101 (1984), pp. 225 ss.; *Streng*, Schuld, Vergeltung und Generalprävention, ZStW 92, pp. 637 ss.; *el mismo*, Psychowissenschaftler und Strafjuristen, NStZ 1995, pp. 12 ss., 161 ss.; *Tamarit*, La libertad ideológica en el Derecho penal, 1989; *el mismo*, Culpabilidad, maldad e imputabilidad, trad. de Gómez-Jara, en RDPCr nº 15, 2006; *Thiemeyer*, Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, GA 1986, pp. 203 ss.; *Tiemeyer*, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988), pp. 527 ss.; *el mismo*, Der «relative Indeterminismus» und seine Bedeutung für das Strafrecht, ZStW 105 (1993), pp. 483 ss.; *Torío*, El concepto individual de culpabilidad, ADPCP 1985, pp. 285 ss.; *el mismo*, Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad, CPC nº 36 (1988), pp. 759 ss.; *Urruela*, La actual discusión sobre las bases genéticas de la criminalidad, en *Romeo* (ed.), Características biolóogicas, personalidad y delincuencia, 2003; *Vasalli*, El principio de culpabilidad en AA.VV., Estudios de Derecho penal y criminología, UNED, 1989, t. II, pp. 475 ss.; *Vives*, Ley, lenguaje y libertad: (Sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal), en Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, (11) 2012; *el mismo*, Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Walter*, Hirnforschung und Schuldbegriff – Rückschau und Zwischenbilanz, en Festschrift für F.-C. Schroeder, 2006; *Weiber*, ¿Refutan las ideas de la Neurociencia el concepto de culpabilidad del 20 Código Penal?, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Weinschenck*, Entscluß zur Tat, Schuldfähigkeit, Resozialisierung, Prävention, 1981; *Welzel*, Reflexiones sobre «el libre albedrío» (trad. Cerezo Mir), ADPCP 1973, pp. 221 ss.; *el mismo*, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964; *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre, 1928; *Wolter*, Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlußgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin, GA 1996, pp. 207 ss.; *Zipf*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl, 1980, pp. 186 ss.; *Zugaldía*, Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad, en Libro-Homenaje a Antón Oneca, 1982, pp. 565 ss.

I. Imputación personal y culpabilidad

1 La doctrina coincide en entender que el hecho antijurídico ha de poder ser *imputado* a su autor. Pero hay división de opiniones tanto en cuanto a la terminología adecuada para expresar esta idea, como respecto a las condiciones de dicha imputación.

2 Desde von Liszt, la doctrina absolutamente dominante acogió el término **«culpabilidad»** para exigir la posibilidad de imputación del injusto a su autor. Pero ya hace tiempo que se van alzando voces en contra de la conveniencia de este término. No repetiré aquí los argumentos que en su momento esgrimí para abandonar su uso (a diferencia de lo que había hecho en las ediciones anteriores de este libro) (cfr. *supra*, Lección 5, III). Sólo añadiré que la expresión **imputación personal** tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata sólo de *atribuir* (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no se castiga una «culpabilidad» del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor.[1] Sin embargo, mantendré en esta Lección la evolución histórica del concepto usual de «culpabilidad», evolución que desearía continuar aunque sea con otra terminología.

3 Mayores discrepancias existen aún por lo que respecta a las **condiciones** necesarias para la imputación personal del hecho. La historia del concepto de culpabilidad volverá a reproducir el debate sobre si el dolo o la culpa pertenecen al injusto o a la culpabilidad. Pero también demuestra que no ha habido acuerdo en torno a la cuestión fundamental de si la imputación personal es condición de la infracción del imperativo de la norma (a menudo llamada en este contexto «norma de determinación» o, a veces, «de deber»). Tampoco hay unanimidad sobre el lugar sistemático que corresponde a las causas de incapacidad personal de observancia del deber objetivo de cuidado o de invencibilidad personal del error. Por último, existen opiniones minoritarias sobre el error de prohibición y el miedo insuperable que confirman la necesidad de revisar la construcción más generalizada de la imputación personal.

4 Todo ello me ha llevado a distinguir entre las condiciones de la imputación personal del hecho antijurídico dos momentos: lº) la infracción personal de una

---

1. Según esto la imputación personal no añade al injusto penal ningún *objeto específico de desvalor* que contribuya a *fundar* la pena, como, sin embargo, pretende la teoría de la «actitud interna» (Gallas, Teoría del delito, pp. 62 ss.; Jescheck, Tratado, pp. 576, 580; Schmidhäuser, AT (1975), pp. 148 ss.: el mismo, Jescheck-Fest., pp. 485 ss.). En el sentido aquí mantenido cfr. Horn, Verbotsirrtum, p. 139 nota 104; Gimbernat, Estudios, p. 176 nota 44. En favor de sustituir el término «culpabilidad» por el de «imputación» Achenbach, op. cit., p. 220, lo que expresa la concepción de la culpabilidad como «atribuibilidad». Torío, CPC nº 36 (1988), p. 762, propone las expresiones «imputación subjetiva» e «imputación personal».

norma de determinación (la norma primaria concreta); 2º) la responsabilidad penal del sujeto (cfr. Lección 5, III). Pero antes de desarrollar el contenido y significado de ambas categorías, será bueno examinar la evolución histórica del término que suele usarse para expresar la exigencia de imputación personal: la culpabilidad.

II. Evolución histórico-dogmática de la categoría de culpabilidad

Desde que von Liszt iniciara hace un siglo la moderna teoría del delito, basándola en la distinción fundamental de antijuridicidad y culpabilidad, se han producido distintas concepciones de la culpabilidad que corresponden a las diversas fases de evolución de la teoría del delito. **5**

1. *La concepción psicológica de la culpabilidad*

A) El **concepto causal-naturalista de delito** de von Liszt y Beling (el llamado «*concepto clásico*» del delito) supuso una concepción psicológica de la culpabilidad: la **culpabilidad como relación psicológica** entre el hecho y su autor.[2] El **ambiente positivista** de fines del siglo XIX se plasmó en una construcción de la teoría del delito que, por una parte, partía de la división del mismo en las dos partes que se manifiestan separadas ante la percepción de los sentidos: la *parte externa* y la *parte interna*, y, por otra parte, atendía como elemento definidor fundamental a la idea de la *causalidad*. La parte externa del hecho se identificó con el objeto de la antijuridicidad, mientras que la parte interna se atribuyó a la culpabilidad. Ésta se presenta como el conjunto de elementos subjetivos del hecho. Por otra parte, así como el injusto se define a partir del concepto de causalidad, como causación de un estado lesivo, la culpabilidad se concibe como una relación de *causalidad psíquica*, como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto.[3] El dolo y la culpa se ven como las dos formas posibles de esta conexión psíquica entre el autor y su hecho. El delito aparece, pues, como el resultado de una doble vinculación causal: La relación de *causalidad material*, que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de *causalidad psíquica*, en que consiste la culpabilidad. **6**

2. Para von Liszt, Tratado II, cit., p. 388, en sentido estricto la culpabilidad se entiende como «la relación subjetiva entre el acto y el autor».

3. Escribe von Liszt, Tratado II, pp. 387 s.: «No basta con que el resultado pueda ser *objetivamente* referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse *subjetivamente* el nexo en la culpabilidad del autor».

7 En esta concepción el dolo y la culpa no sólo pertenecen a la culpabilidad: son las dos *clases o especies* de culpabilidad, que constituye el género. No sólo son *formas* de la culpabilidad, porque son *la* culpabilidad misma en una u otra de sus dos posibles *especies*.[4] Así, el vínculo de voluntad que representa el dolo no constituye sólo un requisito de la culpabilidad, sino que es la culpabilidad específica del delito doloso. Es, más concretamente, la especie más perfecta de culpabilidad, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor. Y la culpa se entiende como una conexión psíquica imperfecta con el hecho. Como *presupuesto* de la culpabilidad se exige la *imputabilidad*.

8 B) El concepto psicológico de culpabilidad **fracasó ante la imprudencia y ante la existencia de causas de exculpación** que no excluyen el dolo.

9 a) **La imprudencia no podía explicarse como relación psicológica.** Por de pronto, **en la culpa inconsciente** no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión, puesto que se caracteriza por la falta de representación de su posibilidad (desconocimiento del peligro).[5] En la culpa consciente se intentaba explicar su carácter psicológico atendiendo al conocimiento del peligro que supone: en ella no se quiere la lesión, pero se prevé su posibilidad. Por extensión, toda la imprudencia se define en función de la *previsibilidad*. Se trata de un concepto relacionado con lo psicológico, y de ahí su aceptación en la concepción psicológica de la culpabilidad; pero en realidad no describe ninguna relación psíquica efectiva, sino sólo su posibilidad. Por otra parte, no bastan ni la previsibilidad ni la previsión de la lesión para que la imprudencia exista: lo único decisivo es que se infrinja el *deber de cuidado*, el cual no obliga a evitar toda conducta previsiblemente lesiva. Así, el tráfico rodado es una fuente previsible de lesiones y, sin embargo, no se halla prohibido. En realidad, prácticamente toda lesión es teóricamente «previsible» que pueda suceder; lo que ocurre es que sólo tenemos deber de prever las lesiones con cuya posibilidad normalmente contamos. La imprudencia no consiste, pues, en algo psicológico, sino en algo *normativo*: en la infracción de la norma de cuidado.

10 b) **En ciertas causas de exculpación es evidente que subsiste el dolo**. Así, en el estado de necesidad exculpante o en el miedo insuperable: piénsese en el sujeto que para salvar su vida mata a otro voluntariamente. Sucede entonces que falta la culpabilidad pese a concurrir el nexo psicológico entre el resultado y su autor. Esto sólo puede explicarse si se renuncia a identificar la culpabilidad con el vínculo psicológico del sujeto con el hecho.[6]

---

4. Cfr. Mezger, Tratado, II, p. 34; Sáinz Cantero, ADPCP 1960 pp. 422, 427; Maurach, Tratado II, p. 18.

5. Cfr. Córdoba Roda, Nueva concepción, p. 28; Maurach, Tratado II, pp. 18 s.; Jescheck, Tratado, p. 578.

6. La objeción procede de Frank. Cfr. Maurach, Tratado II, p. 19; Córdoba Roda, Nueva concepción, p. 29.

2. *La concepción normativa de la culpabilidad*

11 Las críticas efectuadas condujeron a la sustitución de la concepción psicológica de la culpabilidad por su **concepción normativa**. Gracias a las aportaciones de Frank, Goldschmidt y Freudenthal,[7] formuladas desde principios del siglo XX, la culpabilidad pasa a entenderse como un juicio de valor: como un **juicio de reproche** por la realización del hecho antijurídico cuando era *exigible* obrar conforme al Derecho. También como infracción de la **«norma de determinación»** (o **«de deber»**), entendida como imperativo personal, contrapuesta a la infracción de la «norma de valoración» (o «de derecho»), que constituiría el injusto.[8] Esto no significa que el dolo y la culpa no sigan considerándose en la culpabilidad, sino sólo que dejan de verse como «la» culpabilidad (como sus especies), para pasar a constituir elementos necesarios pero no suficientes de la culpabilidad. Puede concurrir el dolo y faltar la culpabilidad, lo que sucede cuando existe una causa de exculpación, porque entonces el dolo no es reprochable en atención a las *«circunstancias concomitantes»*. Por otra parte, la culpabilidad imprudente puede concurrir sin necesidad de una efectiva relación psicológica, como ocurre en la culpa inconsciente: lo decisivo es que la conducta sea reprochable y en la culpa inconsciente lo es porque el sujeto actúa sin cumplir el deber de advertir el peligro.

12 Esta concepción normativa de la culpabilidad se produjo en el contexto cultural de superación del naturalismo positivista y de su sustitución por la **metodología neokantiana** propia del llamado **«concepto neoclásico de delito»**. Ya no se trataba de *describir* realidades naturalísticas, externas o internas, sino de *comprender el significado valorativo* de los conceptos jurídicos: la culpabilidad podía dejar de considerarse como un «hecho psíquico», para poder ser explicada como juicio de valor.[9]

13 Concebida como **reprochabilidad por la voluntad defectuosa**, la culpabilidad requería, según la concepción normativa originaria:

14 1) La **imputabilidad**, como capacidad de culpabilidad, es decir, como *presupuesto* de una voluntad defectuosa reprochable.

15 2) El **dolo o la culpa** como voluntad defectuosa. El conocimiento propio del dolo, o su posibilidad en la imprudencia, para ser defectuosos han de referirse tanto a los hechos como a su significación antijurídica.

---

7. Vid. las obras de estos autores cit. en la bibliografía. Nótese que Frank (1907), es el iniciador de esta corriente y el primero que concibió la culpabilidad como «reprochabilidad». Goldschmidt (1913) vio la esencia de la reprochabilidad en la contrariedad de la voluntad a las «normas de deber», dirigidas a la motivación de cada sujeto —a diferencia de las «normas de derecho», dirigidas a la conducta externa y presupuesto de la antijuridicidad. Freudenthal (1922) buscó en la «exigibilidad» de una conducta adecuada a Derecho el fundamento de la reprochabilidad.

8. Así Mezger, Tratado, I, pp. 281 ss., 284.

9. Sobre este contexto cultural de la concepción normativa de la culpabilidad cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 241 ss.

16 3) **Ausencia de causas de exculpación** (como el estado de necesidad exculpante), cuya presencia impediría la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho.[10]

17 Éste constituía el contenido de la culpabilidad en el **concepto neoclásico de delito**. Se caracterizaba, como se ve, por la introducción de una *perspectiva valorativa* en la explicación de la esencia de la culpabilidad, pero también por el *mantenimiento del contenido psicológico* del hecho como objeto de la valoración. Más que un cambio de los elementos integrantes de la culpabilidad, que continuaban girando fundamentalmente en torno al dolo y la culpa, se produjo sobre todo una reinterpretación del significado de la culpabilidad. Del mismo modo que el concepto neoclásico de delito no abandonó el concepto causal de acción, sino que se limitó a entenderla en términos valorativos, mantuvo para la culpabilidad el contenido sistemático propio del causalismo.[11]

3. *La concepción «puramente normativa» del finalismo*

18 Como consecuencia de trasladar la finalidad al centro del injusto, el finalismo de Welzel sustrajo el dolo, así como la infracción del deber objetivo del cuidado base de la imprudencia, de su tradicional sede de la culpabilidad. Todo el hecho, concebido como unidad definida por lo subjetivo, y no sólo su parte objetiva, se constituye en contenido del injusto. **La culpabilidad deja de continuar cobijando la parte subjetiva del hecho**. De este modo se consigue abandonar por completo el contenido psicológico de la culpabilidad y convertir la concepción normativa del causalismo en una concepción *«puramente normativa»*.[12] Como se ha visto, la anterior concepción normativa no rompió más que parcialmente con el psicologismo al que parecía oponerse: la «voluntad defectuosa» constituía el centro de la culpabilidad. En cambio, para el finalismo la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico. *Todo el objeto* del reproche se encuentra en el injusto. En la culpabilidad quedan sólo las condiciones que permiten *atribuirlo a su autor*.[13]

---

10. Acogió claramente este esquema e influyó ampliamente en la doctrina española Mezger, Tratado II, pp. 35 ss. Sobre la concepción normativa de la culpabilidad cfr. Sáinz Cantero, ADPCP 1960, pp. 426 ss.; Córdoba Roda, Nueva concepción, pp. 28 s., y Culpabilidad, pp. 15 s.; Maurach, Tratado II, pp. 19 ss.; Jescheck, Tratado, pp. 578 s.

11. Cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 240 ss.

12. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 579; Maurach, Tratado II, pp. 24 s.; Córdoba Roda, Nueva concepción, pp. 29 ss.

13. Cfr. Welzel, Lb., pp. 140. Ya Dohna, Aufbau der Verbrechenslehre, 1935 había separado el «objeto de la valoración» (donde incluyó el dolo) de la «valoración del objeto» (a lo que redujo la culpabilidad). Welzel dio el paso siguiente y encontró una ubicación coherente a todo el objeto de la valoración en el injusto.

En concreto, el contenido de la culpabilidad queda en el finalismo constituido por los **elementos** siguientes: **19**

1) La **imputabilidad**, sin la cual se entiende que el sujeto carece de libertad para comportarse de otro modo a como lo hace (*poder actuar de otro modo*). De presupuesto previo de la culpabilidad, esta categoría pasa a erigirse en condición central de la reprochabilidad, puesto que el *núcleo* de la culpabilidad ya no se ve en la voluntad defectuosa —de la que la imputabilidad sería un presupuesto—, sino en las condiciones de atribuibilidad del injusto, y estas condiciones giran en torno a la idea del «poder actuar de otro modo», esencia que Welzel confiere a la imputabilidad. **20**

2) La **posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho**. El dolo pasa al injusto sólo como «dolo natural», por lo que no incluye el conocimiento de la prohibición (que en el causalismo pertenece al dolo como «*dolus malus*»). El examen de este aspecto queda para la culpabilidad, pero no ya como un contenido psicológico de conocimiento efectivo, sino como posibilidad, normativamente determinable, de dicho conocimiento. Del mismo modo que en la imputabilidad se pregunta si el sujeto podría actuar de otro modo, en este punto se comprueba si podía conocer la prohibición del hecho, en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma. La falta de dicha posibilidad no excluye, pues, el dolo (natural), sino que excluye la culpabilidad (error de prohibición invencible). Si concurre un error de prohibición vencible, puede atenuarse la culpabilidad —lo que no sucederá cuando se trate de un error burdo.[14] **21**

3) La **ausencia de causas de exculpación** (o *de disculpa*), como el estado de necesidad exculpante. Si bien se reconoce que estas causas no excluyen por completo la posibilidad de actuar de otro modo ni, por tanto, la culpabilidad, se entiende que la disminuyen de forma suficiente como para disculpar (en el sentido de perdonarle su culpabilidad) al sujeto y eximirle del «reproche» de su culpabilidad.[15] **22**

III. Antijuridicidad e imputación personal

Pese a las diferentes concepciones que se han sustentado y se siguen sustentando sobre las condiciones de la imputación personal, existe consenso en entender que, además de la antijuridicidad como juicio *despersonalizado* de desaprobación *sobre el hecho*, el delito requiere la posibilidad de *imputación* de ese **23**

14. Cfr. Welzel, Lb., p. 141.
15. Cfr. Welzel, Lb. p. 178.

hecho desvalorado *a su autor*.[16] La teoría del delito se apoya sobre estos dos pilares básicos: a) un hecho prohibido (antijuridicidad) y b) su atribuibilidad a su autor (lo que acostumbra a denominarse «culpabilidad»).

24 Reina unanimidad en considerar que las condiciones de imputación del hecho al sujeto sólo deben examinarse una vez comprobada la concurrencia de un hecho antijurídico. En la terminología más usual: no existe una culpabilidad en sí, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico.[17]

25 De ello se derivan las **consecuencias** siguientes. Por una parte, la imputación personal que interesa al Derecho penal no supone una «**culpabilidad moral**», sino una **imputación jurídica**.[18] Por otra, si no cabe afirmar la antijuridicidad del hecho por ausencia de imputación objetiva o de infracción del deber objetivo de cuidado, no cabe ya fundamentar el castigo en base a la imputación personal. Así, si no se tuvieran en cuenta los **conocimientos especiales** del autor o sus **posibilidades excepcionales** en la determinación de la imputación objetiva o de la infracción del deber de cuidado, habría que negar éstas y, por tanto, la antijuridicidad cuando el hecho no fuera imputable objetivamente o no resultara descuidado desde el prisma del hombre medio que no dispone de aquellos conocimientos o posibilidades especiales; negada la antijuridicidad, ya no podría fundarse el castigo en la consideración de tales datos subjetivos para la imputación personal. De ahí la necesidad de contemplar dichos elementos subjetivos en el injusto, y no en la imputación personal (cfr. supra, Lección 11, I, 3Ac).

26 También se admite generalmente que no es preciso que el autor del hecho antijurídico *se sienta culpable* del mismo,[19] sino que basta que lo haya realizado en las condiciones de atribuibilidad que exige el Derecho. Así, no cabe negar la responsabilidad penal del autor de un homicidio antijurídico doloso que no sea menor de 18 años (art. 19 CP), no sufra una anomalía o alteración psíquica permanente o transitoria que le prive de su normal capacidad de comprensión o autocontrol (art. 20 1º y 2º CP), ni una alteración en la percepción desde la infancia que altere gravemente su conciencia de la realidad (art. 20, 3º CP), y no haya obrado impulsado por miedo insuperable (art. 20, 6º CP), o en estado de necesidad exculpante, o si no desconocía el sujeto la prohibición legal del hecho, por mucho que el mismo no se sienta culpable por considerar suficientemente válidos los motivos que le impulsan a matar. Este es el caso del llamado

16. Así, escribía ya von Liszt, Tratado II, p. 387: «A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor». También así Maurach, Tratado II, pp. 11 ss.; Muñoz Conde, Principio de culpabilidad, pp. 221, 227 s.; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 581.

17. Cfr. p. ej., en nuestro país, Antón Oneca, PG, p. 188.

18. Doctrina dominante: cfr. por todos Jescheck, Tratado, pp. 575 ss. En España, ver, p. ej., Rodríguez Devesa, PG, pp. 418 s.

19. No obstante, para Muñoz Conde, la culpabilidad presupone la «posibilidad de internalización» de la norma penal por el sujeto, lo que a su vez requiere la posibilidad de participación del sujeto en los valores afectados por su acción. Ello tiene consecuencias especialmente en el ámbito del Derecho penal político y en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho. Cfr. Muñoz Conde, El principio de culpabilidad, pp. 231, 233, 240, y GA 1977 pp. 69, 74, 75 s. En contra: Córdoba Roda, Culpabilidad, pp. 29 ss.; Cerezo Mir, ADPCP 1980, p. 363 nota 61.

«delincuente por convicción», que, generalmente por motivos religiosos o políticos, no experimenta sentimiento de culpabilidad pese a conocer el significado jurídico de su hecho.[20] La imputación personal jurídico-penal no requiere, pues, un sentimiento ético ni psicológico, no es culpabilidad de conciencia. Si no es suficiente una culpabilidad moral sin imputación jurídico-penal, sí es bastante la imputación jurídico-penal aunque no vaya acompañada del sentimiento de culpabilidad moral. De ahí que no deba confundirse el *conocimiento* de la antijuridicidad, necesario para la imputación personal, con la *creencia* del sujeto de que su conducta no merece ser antijurídica.[21]

27 El problema se ha planteado ante miembros de ciertas **confesiones religiosas** que discrepan de ciertos valores jurídicos (así, testigos de Jehová frente al deber de socorro de alguien que precisa una transfusión de sangre),[22] respecto a personas que se negaban a efectuar el servicio militar y la prestación social sustitutoria correspondiente (**insumisos**),[23] o incluso frente a partidarios de ideas políticas favorables a la violencia como medio de acción (así, los **terroristas**). Pero previamente hay que comprobar que no concurra un *estado de necesidad* justificante o exculpante, que en algunos de los dos primeros supuestos es defendible.

IV. Las condiciones de la imputación personal del injusto penal

1. *La infracción personal de una norma de determinación*

28 Para que el hecho penalmente antijurídico pueda ser imputado personalmente a su autor, es preciso que pueda afirmarse que el hecho constituye, además, la infracción personal de una norma primaria que dirija concretamente al sujeto su imperativo (norma de determinación).[24] Ello requiere la **capacidad personal de evitar el hecho**, que normalmente se dará, pero que *excepcionalmente* puede faltar en algunas personas. Cuando falte esta capacidad, el desvalor objetivo del hecho antijurídico no irá seguido de su *desvalor personal.* Por otra

20. Sobre el delincuente por convicción vid. las obras de Bockelmann (1974), Bopp, Ebert, Gödan, Heinitz, Noll (1966), Peters y Tamarit cit. en la bibliografía. Tamarit, Libertad ideológica, pp. 419 ss. se esfuerza por hallar posibilidades de justificación (p. 430 nota 29), o de exculpación (inexigibilidad) por miedo insuperable, o de eximentes incompletas o atenuantes, para el delincuente por convicción.

21. De ahí que no sea suficiente para excluir la imputación personal la «creencia diferente» a que hace alusión Bustos, Control social, p. 360.

22. A un caso de este tipo se refirió el Auto de la Sala 2ª TS de 14 marzo 79, comentado críticamente por Bajo Fernández, ADPCP 1979, pp. 491 ss. En el mismo sentido de aquel Auto los de 22 dic. 83 y 25 en. 84. La STS 27 jun. 97 castiga por homicidio a los padres de un menor de 13 años que se opusieron a la transfusión, pese a que el menor también la rechazaba. Sobre el problema cfr. Cobreros, Tratamientos, pp. 295 ss., 318.

23. La Sentencia 75/92, de 3 febr., del Juzgado de lo Penal nº 4 de Madrid, absolvió apreciando estado de necesidad. Condenó, en cambio, la S. 279/92, de 20 mayo, del Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid. Esta última es la solución usual en la jurisprudencia. Cfr. Gómez Benítez, Consideraciones, pp. 83 ss. y nota 12.

24. Acepto, pues, la idea de Mezger, Tratado, I, pp. 284 s., II, p. 20.

parte la afirmación de la infracción de una norma imperativa no sólo requiere la completa imputación personal del *hecho* antijurídico, sino también la imputación de su *carácter antijurídico*. Para que ésta última sea posible, es necesario que el sujeto **pueda conocer la antijuridicidad** del hecho. Sólo tiene sentido prohibir el hecho antijurídico a quien puede conocer su antijuridicidad.

29 A) El juicio de antijuridicidad penal no implica de suyo ni necesariamente la concreta prohibición personal de la conducta. Supone solamente una *valoración jurídico-penal* negativa del hecho por su nocividad para un bien jurídico-penal no justificada por un interés superior. La prohibición personal requiere, además, la capacidad personal de cumplimiento de la misma por parte del sujeto. Sin embargo, es cierto que aquella valoración negativa del hecho se efectúa en un Derecho penal preventivo con el objetivo fundamental de delimitar el ámbito de las conductas que el Derecho penal *desea* prohibir a los sujetos que *puedan* evitarlas. Por ello, en la antijuridicidad penal ya se requieren los presupuestos intersubjetivos de la posibilidad de evitación del hecho: aquellos sin los cuales el hecho no puede prohibirse a *nadie* (una conducta humana final mínimamente peligrosa *ex ante*) o al *hombre medio* (como baremo ideal de la evitabilidad objetiva). Sin los primeros el Derecho penal no desvalora el hecho porque no puede prohibirlo a nadie, sin los segundos, porque no quiere. Por tanto, el **desvalor intersubjetivo de la conducta** debe considerarse no sólo presupuesto de la valoración objetiva propia de la antijuridicidad penal, sino también como **base intersubjetiva de la infracción de una norma primaria**. Dicha base será *normalmente* suficiente para imputar una infracción personal. Pero será insuficiente, por de pronto, cuando el sujeto posea una *incapacidad personal de evitar* la conducta objetivamente desvalorada.

30 La incapacidad personal de evitación del hecho puede proceder de alguna de las **causas de inimputabilidad**, cuando lleguen al grado de excluir por completo la posibilidad de evitar materialmente el hecho. El CP prevé las siguientes causas de inimputabilidad: *minoría de edad penal, alteraciones o anomalías psíquicas, trastorno mental transitorio, intoxicaciones graves y alteración de la percepción*. Dejamos su estudio, por razón de unidad de la materia, para cuando abordemos el último escalón de la imputación personal: la responsabilidad penal del sujeto. Entonces veremos que, para que falte sólo ésta última, dichas causas no han de privar de *toda* capacidad de evitar el hecho, sino determinar solamente una *anormal* capacidad de ser motivado por la norma. Una absoluta incapacidad de evitación personal será especialmente posible en los delitos imprudentes, ya sea como imposibilidad personal de evitar *materialmente* el hecho objetivamente descuidado, ya sea como inevitabilidad personal de un *error* objetivamente vencible de tipo, positivo o negativo. Ambas cosas pueden proceder no sólo de las mencionadas causas de inimputabilidad, sino también de otras situaciones personales.

31 Ejemplos: Una alucinación producida por una enfermedad mental puede determinar un error vencible para el hombre medio pero invencible para el enfermo. El conductor se ha hecho mayor sin poder detectar una pérdida de reflejos que en una situación de peligro le impide reaccionar a tiempo y evitar una colisión que una persona normal habría evitado.

B) Una norma imperativa, como lo es la norma primaria, sólo tiene sentido si puede ser recibida por su destinatario. La imposibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho excluye la infracción de una norma concretamente dirigida a su autor. El llamado **error de prohibición invencible** impide la imputación de la antijuridicidad. **32**

La inevitabilidad del error puede ser **objetiva**, esto es, *intersubjetiva* (para cualquier persona normal en el lugar del autor), o debida a causas **personales**. La primera será excepcional, puesto que la publicación de las leyes penales hace en principio posible su conocimiento (pero piénsese en el caso siguiente: alguien secuestrado durante largo tiempo no puede saber que durante su secuestro se ha introducido un nuevo delito, que comete sin saberlo en cuanto es liberado). Las causas de **inimputabilidad** pueden dar lugar a errores de prohibición personalmente invencibles. Entonces no sólo excluirán la responsabilidad penal, sino la propia infracción personal de una norma primaria. **33**

Aunque el error de prohibición sea objetivamente invencible, no excluirá la antijuridicidad, sino sólo su imputación. Ello se debe a que, aunque impide prohibir el hecho a todo hombre medio en la posición del autor, y no sólo a éste, no obsta a la imputación intersubjetiva del *hecho*, sino sólo a la de su *carácter antijurídico*. La imputación intersubjetiva de la antijuridicidad presupone la previa existencia de ésta. **34**

La importancia de la problemática que suscita el error de prohibición merece que le dediquemos la siguiente Lección. **35**

2. *La responsabilidad penal del sujeto*

La infracción personal de una norma primaria de determinación permite imputar la antijuridicidad penal a su autor, pero ello no basta para considerar adecuada la imposición al mismo de una *pena*. Ésta no recae directamente sobre el hecho, sino sobre su autor, de modo que para que resulte legítima no basta un hecho penalmente antijurídico y concretamente antinormativo, sino que es preciso que su autor aparezca como un *sujeto idóneo* para responder penalmente. He aquí el significado de la responsabilidad penal del sujeto como último presupuesto de la imputación de un hecho punible a su autor. **36**

Para la responsabilidad penal no basta *cualquier* posibilidad de acceder a la norma, sino que dicho acceso tenga lugar en condiciones de **normalidad motivacional**. Las **causas de inimputabilidad**, más arriba mencionadas, generalmente no llegan a excluir toda posibilidad de ser motivado por la norma (si lo hacen ya hemos visto que excluyen la propia infracción de la norma), sino que acostumbran a excluir dicha normalidad. También la excluyen las llamadas **causas de «no exigibilidad»**: en el CP, el *miedo insuperable*. Todas estas causas de exclusión de la responsabilidad penal serán objeto de Lecciones posteriores. **37**

Antes conviene profundizar en el debate sobre el fundamento material de la imputación personal como presupuesto del delito.

V. Fundamento material de la imputación personal

38 El principio según el cual la pena presupone la imputación personal del injusto (principio de culpabilidad, según la terminología tradicional, que seguiremos usando para referirnos a las doctrinas que la emplean), puede fundarse por distintos caminos.

1. *La doctrina de la libertad de voluntad*

39 El planteamiento tradicional se ha basado en la idea de libertad de voluntad, y ha considerado como presupuesto fundamental de la responsabilidad el **«poder actuar de otro modo»**.[25] Según esto, las causas que excluyen la culpabilidad deberían encontrar como fundamento la ausencia en el autor de dicha posibilidad de actuar de otra forma. Dos obstáculos principales se oponen a esta concepción de culpabilidad.

40 Por una parte, resulta **imposible demostrar científicamente** la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa.[26] Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista,[27] es **razonable pensar que sí se halla determinada**, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte *normativos*, que concurren en el *proceso de motivación racional* con arreglo a sentido: la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada

---

25. Cfr. la exposición de Engisch, Die Lehre, pp. 7 ss. (este autor rechaza, sin embargo, la posibilidad de demostración del libre albedrío y su capacidad para servir de fundamento a la culpabilidad). Sobre la discusión filosófica y jurídica sobre el libre albedrío cfr. también Díaz Palos, Imputabilidad, pp. 47 ss. Vid. también, a favor, Dreher, Willensfreiheit, passim, acudiendo aún al conocido aforismo «tú debes porque puedes» (p. 396) La idea del «poder actuar de otro modo» ha sido erigida no sólo como fundamento, sino como núcleo de la concepción («puramente») normativa de la culpabilidad por Welzel, Lb., pp. 142 ss.

26. Entre la copiosa bibliografía en esta dirección, considerada por Jescheck, Tratado, pp. 563 ss., como doctrina dominante, cfr. sobre todo: Danner, op. cit. passim (le critica Dreher, Willensfreiheit, pp. 337 ss.); Engisch, op. cit., passim y 24 ss.; Gimbernat, Estudios, pp. 144 s.; Roxin, Culpabilidad, pp. 61 s.; v. Liszt, Aufsätze, II, pp. 38 ss.

27. Sobre la existencia en el hombre de una forma de determinación específica no naturalística, sino con arreglo al deber ser cfr. N. Hartmann, Ethik, p. 766. No se explica, en cambio, cómo puede el hombre escapar también a la virtualidad causal de este otro orden de determinación en base a una «determinante personal» que constituiría, para Hartmann, una «tercera clase de determinación» (*ibidem*), p. 767. Cfr. Danner, op. cit., p. 104.

forma ante cada situación motivacional y en definitiva no puede dejar de decidirse por el motivo que según *su* modo de ser —del que no es libre— *en el momento concreto e irrepetible* le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea. Una tal decisión será *propia* del sujeto, pero lo lógico es pensar que en el instante en que se tomó *no pudo* ser otra ante los concretos (*e irrepetibles*) factores concurrentes —incluso el punto de vista del sujeto en ese preciso momento—, por mucho que en un momento anterior o posterior o introduciendo alguna variante *hubiera podido* ser distinta. Si esto es así, o por lo menos no hay posibilidad de probar científicamente que no sea así, no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo.

41 Por otra parte, **el Derecho positivo** tampoco requiere, para la exclusión de la culpabilidad, que el sujeto no pudiese obrar de otra forma, como lo reconocen los mismos partidarios de la libertad de voluntad respecto a las «causas de exculpación»[28] y como actualmente se advierte incluso en relación con los límites de la inimputabilidad.[29] En cambio, es indudable que la imposibilidad del autor de actuar de otro modo por razones físicas *(vis absoluta)* no excluye la posibilidad de imputación personal del hecho, sino la misma acción. Se sigue de todo ello que el principio de culpabilidad no puede fundarse en la metafísica posibilidad de actuar de otro modo.[30]

2. *La idea de la necesidad de pena*

42 Desde una concepción preventiva de la pena cabe una segunda posibilidad: buscar el fundamento de la imputación personal en la **necesidad de pena** que existe ante los sujetos normales pero que acaso deje de concurrir respecto de quienes actúan en alguno de los supuestos tradicionalmente incluidos entre las causas de exclusión de culpabilidad. En favor de esta construcción, que ofrece evidentes atractivos desde el prisma de la prevención, se alega que el castigo de los inimputables no es necesario frente a la colectividad (prevención general) porque ésta no lo exige ni se escandaliza por la impunidad de aquéllos, la cual

28. Cfr. así Welzel, Lb., pp. 178 s.; Jescheck, Tratado, p. 655.

29. Cfr. Roxin, Culpabilidad, pp. 163 ss.

30. Cfr. Muñoz Conde, GA 1973, p. 68; el mismo, Introducción a Roxin, Culpabilidad, p. 23. Vid. también Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 399. En contra, una dirección cree lícito hacer compatible la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad con una concepción de la culpabilidad basada en la ficción o suposición de que existe, o que trate al hombre como si fuera libre: así, p. ej., Hierro, ADPCP 1989, p. 568. Una versión restrictiva de este planteamiento es la que cree lícito tal planteamiento sólo para *limitar* la pena (como ya propuso Roxin en Sentido y límites de la pena estatal, en el mismo, Problemas básicos, pp. 27 s.). A la pregunta de si la culpabilidad ha de verse como una ficción necesaria para el Estado dedicó Stratenwerth su trabajo en SchwZStr 101 (1984), pp. 225 ss.

no se opone, por tanto, a la eficacia de la prohibición general.[31] Por otra parte, frente al inimputable, la pena tampoco sería necesaria por razones de prevención especial, ya que, de concurrir peligrosidad en el sujeto, cabe acudir a medidas de seguridad más apropiadas que la pena (así el tratamiento psiquiátrico para los enajenados o medidas educativas para el menor).[32]

43 Pero evidentemente, las preguntas que deben responder quienes intenten fundar la imputación personal en la necesidad de pena son, precisamente, ¿por qué la colectividad no se escandaliza por la impunidad del inimputable? y ¿por qué bastan frente a los inimputables medidas de seguridad cuando resultan peligrosos después de delinquir y no se considera necesario amenazarles con la pena para evitar que realicen su primer hecho penalmente antijurídico? La respuesta que se da es la siguiente: el inimputable es en realidad un sujeto **no motivable mediante normas**.[33] Éste me parece el camino correcto. Sin embargo, esta formulación, tan radical como la del «poder actuar de otro modo», puede ser objeto, como ésta, de ciertas objeciones. Por una parte, la experiencia demuestra que la mayoría de inimputables no delinquen —en especial piénsese en los menores de cierta edad—,[34] lo que puede considerarse prueba de que sí hacen mella en ellos las normas jurídicas a través de su interiorización —aunque no sea mediante el conocimiento directo de la ley, lo que desde luego tampoco suele suceder, ni es necesario, por lo que respecta a los imputables—. Acaso no sea, pues, exacto que los inimputables no sean motivables normativamente.[35]

44 Por otra parte, quienes actúan en situación de inexigibilidad (en una de las llamadas «causas de exculpación» —*Entschuldigungsgründe*—) no pierden necesariamente su capacidad de ser influidos por la llamada de la norma, como lo prueba no sólo la posibilidad de actos heroicos, sino también el que, en ciertos casos (bomberos, militares, etc.), la ley imponga un mayor nivel de exigencias.[36]

---

31. Cfr. así Gimbernat, Estudios, pp. 175 ss.; Luzón Peña, Medición, p. 46; Muñoz Conde, Introducción a Roxin, cit., pp. 28 s.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 401 ss.; Gómez Benítez, Teoría, pp. 451 s. También así Roxin, Culpabilidad, pp. 71 ss., por lo que se refiere al *fundamento* de la pena, pero sigue acudiendo a la «culpabilidad» en sentido clásico como *límite* de la medida de la pena: cfr. el mismo, Culpabilidad, pp. 151 ss., 172, 180 s. También en la línea de fundamentar la culpabilidad en las necesidades de prevención, Jakobs, Schuld, passim. En contra, Cerezo Mir, ADPCP 1980, pp. 349 ss.; Córdoba Roda, Culpabilidad, pp. 40 ss.

32. Cfr. Gimbernat, Estudios, pp. 176 s. En contra Córdoba Roda, Culpabilidad, pp. 40 ss.; Cerezo Mir, ADPCP 1980, pp. 349 ss.

33. Así Noll, H. Mayer-Fest., pp. 223, 225; Gimbernat, Estudios, pp. 175 ss., 180 s., 224 s.; Roxin, Culpabilidad, p. 172; Luzón Peña, Medición, pp. 44 s. (aunque admite que sólo falta al inculpable la posibilidad de motivación *normal*, adjetivación ciertamente fundamental en mi planteamiento.) También aunque admitiendo las restricciones que efectúo en el texto, Muñoz Conde, Introducción a Roxin, Culpabilidad, pp. 34 s. Cfr. Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 405.

34. Cfr. en este sentido Jescheck, Tratado, p. 320.

35. Así Burkhardt, GA 1976, p. 336; Reyes Echandía, Imputabilidad, pp. 24 s.

36. Cfr. Roxin, Culpabilidad, pp. 152 s.

Todo ello aconseja distinguir entre aquellas condiciones sin las cuales el sujeto **no puede ser en absoluto motivado** por la norma, y las que sólo determinan una **anormalidad motivacional**. **45**

3. *La posibilidad de motivación normativa como condición de la infracción de una norma de determinación*

La imposibilidad absoluta de motivación normativa **impide la propia infracción de una norma** personalmente dirigida al sujeto: no tiene sentido tratar de evitar, mediante una norma prohibitiva, cuya función es la motivación de una persona (como medio de prevención respetuoso del individuo), lo que dicha persona no puede evitar de ningún modo. La imposibilidad de ser motivado por la norma puede afectar a *todo ser humano* (impidiendo toda infracción, como la falta de comportamiento humano voluntario, o impidiendo una infracción dolosa) o al *hombre medio* (como la falta de un riesgo advertible por el mismo *ex ante*), o concurrir *sólo en el sujeto* (como la incapacidad personal de evitar un error objetivamente vencible). Los dos primeros grupos de condiciones de motivabilidad son *al mismo tiempo* condiciones de la antijuridicidad (en cuanto impiden ya desvalorar intersubjetivamente el hecho) y condiciones intersubjetivas de la norma de determinación. El tercero no condiciona la antijuridicidad, pero sí su concreta prohibición al sujeto (primer requisito de la imputación personal). **46**

4. *La anormalidad motivacional como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal*

Cuando no falta toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino sólo la posibilidad de un acceso ***normal*** a la misma, tiene sentido dirigir el mensaje normativo al sujeto, que podrá infringir la norma de determinación, pero no será legítimo considerarle *penalmente responsable* (segunda y última condición de la imputación personal). Al inimputable no le falta necesariamente toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que, en cuanto aquél actúa conscientemente,[37] ésta puede incidir en su proceso de motivación; lo que **47**

37. La enfermedad mental, la oligofrenia, la minoría de edad, etc., son fenómenos complejos que pueden entrañar, según su intensidad, distintos efectos dogmáticos: así, si el inimputable desconoce por razón de su situación personal que realiza la situación típica, actuará sin dolo típico, y si llega a la inconsciencia lo hará sin comportamiento humano; ello afectará en ambos casos a la propia antijuridicidad; sobre los casos en que la inimputabilidad excluye la imputación personal por incapacidad de recepción de la norma *vid. supra*, IV 1 A).

sucede es que, al hacerlo, la norma no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee.[38]

48 Esta es la razón por la que sigue teniendo sentido la posibilidad de considerar prohibida la conducta de quien actúa sin responsabilidad penal: sólo porque se presupone que la prohibición normativa podrá ser recibida por el no responsable, no es absurdo dirigirle dicha prohibición. Y expresado al contrario: para la doctrina, la exclusión de la culpabilidad no implica, de suyo, la de la prohibición del hecho, porque no admite que suponga permitir *a priori* la conducta al inculpable; esto es, decirle, por ejemplo, «en tu situación tú puedes matar», y ello porque se intuye que tal levantamiento *ex ante* de la prohibición podría ser captada por el sujeto pese a su falta de responsabilidad penal.

49 El fundamento de la responsabilidad penal no puede derivarse *sin más* de la «naturaleza de las cosas», como cree la concepción tradicional —no cabe castigar al inculpable porque *no puede* actuar de otro modo— y como corre el peligro de dar a entender la teoría de la no motivabilidad normativa —no cabe castigar al inculpable porque *no puede* ser motivado en absoluto por la norma—; es imprescindible introducir un momento *normativo* esencial: en un Estado social y democrático de Derecho no se considera *justo* llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma. En efecto, si se admite que la falta de responsabilidad penal no supone necesariamente la imposibilidad absoluta de motivabilidad normativa, el fundamento de dicha exclusión de la responsabilidad penal no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos mediante la motivación, sino en un planteamiento valorativo que conduce a imponer un *límite* a la posibilidad de castigar al que actúa en situación de anormalidad motivacional. Según esto, la responsabilidad penal no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que *la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de responsabilidad penal*.[39]

50 Queda entonces por responder la pregunta de por qué no se considera lícito en un Estado social y democrático de Derecho castigar a quien no se considera responsable penalmente pese a haber cometido un hecho penalmente antijurídico y concretamente prohibido. He dicho que quien actúa sólo sin responsabilidad penal no deja de ser totalmente motivable por la norma, pero esto no supone que su decisión sea el producto de un proceso de motivación *normal*. En el sujeto penalmente no responsable concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las *posibilidades* de que dispone el sujeto *a priori* para ser influenciado por la llamada normativa. Por una parte, ni los oligofrénicos ni los menores pueden comprender suficientemente el sentido y alcance de la conminación penal, ni los enfermos mentales pueden siempre captarla sin deformar su significado cuantitativo o cualitativo. Por otra parte, la responsabilidad penal puede faltar también porque, pese a la adecuada recepción de la motivación, el sujeto se encuentre en el momento del

38. Ya advirtió von Liszt, Aufsätze, I, pp. 43 s., que el inimputable reacciona ante los motivos de forma distinta que el hombre medio, lo cual supone —añado— que tiene acceso a los motivos, siquiera sea de forma anormal. Cfr. también Danner, op. cit. (4ª ed.1977), p. 48. Acepta expresamente este planteamiento Octavio de Toledo, Concepto, p. 137.

39. Acoge esta concepción Octavio de Toledo, pp. 138, 141 s.

hecho en unas condiciones psíquicas que obstaculicen la normal eficacia determinante de aquélla, sea por razones personales (enfermedad mental) o situacionales (causas de no exigibilidad), o por la posible concurrencia de ambas (trastorno mental transitorio). Todo ello redunda en una inferior capacidad del sujeto para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente. Imponer al primero, pese a ello, la pena prevista para el segundo, supondría sancionar con una dureza desigualmente excesiva una desobediencia normativa que un hombre normal comprende y disculpa, porque advierte que se debe a una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal. La posibilidad de determinación anormal que subsiste no podría, por ello, ser ejercida lícitamente en un Derecho dispuesto a limitar su función preventiva (Estado social) en base al módulo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable desde el prisma de la capacidad de resistencia del hombre normal frente al delito y en aras de la exigencia de igualdad de los ciudadanos (Estado democrático). **El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático**, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, **es lo exigible a dicho hombre normal.**[40] Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de *no exigibilidad*), y no se castiga a los inimputables porque extender a ellos la conminación penal en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales, supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente cara a los inimputables por encima del que se impone al hombre normal. Admitido el baremo democrático de la capacidad del hombre normal en las causas de inexigibilidad, vulneraría el **principio de igualdad real ante la ley** el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal.[41]

51 Es cierto que también existe una importante parte de la delincuencia normal que obedece a factores de **desigualdad social** y no por eso deja de castigarse. Se trata, sin embargo, de una desigualdad que no llega a afectar tan profundamente las leyes psíquicas de la motivación, que ésta pueda considerarse por completo

40. Se adhiere a esta fundamentación Octavio de Toledo, Concepto, pp. 137 ss.

41. Escribe Krümpelmann, ZStW 88 (1976), p. 32: «El reproche significa que el autor no ha respondido a las expectativas sociales de comportamiento que se dirigen al hombre medio». Pero el planteamiento que defiendo no supone hacer responsable al sujeto por suponer en él capacidades no demostrables en él sino sólo en el hombre medio (como propone el concepto general-social que mantienen autores como Jescheck, Tratado, p. 565), sino sólo la pretensión de que se respete el principio de igualdad real ante la Ley postulando que no se trate con mayor dureza al no responsable que al hombre medio, como sucedería si se le exigiese lo mismo desconociendo que *personalmente* (y efectivamente) encuentra dificultada su capacidad para ser influido por la norma en comparación con aquel hombre medio. Las críticas fundadas que a aquel otro planteamiento dirige Torío, ADPCP 1985, pp. 285 ss., no alcanzan, pues, a la posición aquí mantenida.

«anormal» y pierda su sentido la apelación racional que supone la prohibición penal. Lo cual no ha de obstar, en cambio, a que deban tomarse en consideración circunstancias de desigualdad social como éstas para *atenuar la pena* en la medida en que supongan una presión motivacional en favor del delito superior a la media normal. Por este camino, el principio de culpabilidad puede ofrecer una vía para una mayor realización de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático.[42]

52 Dos precisiones quiero añadir al planteamiento expuesto. En primer lugar, fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone sólo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos.[43] En segundo lugar el hecho de que la responsabilidad penal constituya un límite normativo que se impone a la posibilidad de prevención no significa que cuando la responsabilidad penal falte no disminuya la necesidad de la pena. La colectividad no reclama el castigo del no responsable penalmente, por lo que éste no es tan necesario a estos efectos de prevención general, aunque ello no agota todos los aspectos de la prevención general,[44] que en primer lugar intentaría de suyo evitar todo posible hecho antijurídico, no sólo los de la colectividad que contempla la impunidad del no responsable, sino también el hecho de éste. Pero preciso es reconocer que la ausencia del escándalo social ante la exculpación se debe precisamente a que la sociedad comparte el criterio político-criminal según el cual no es lícito castigar a quien no actúa en condiciones de una motivación normal. Por otra parte, es cierto que la peligrosidad que pueda encerrar el no responsable penalmente no precisa la pena, sino que ya puede afrontarse, mejor, por medio de una medida de seguridad.[45] Sin embargo, algo parecido podría decirse de quienes delinquen con responsabilidad penal, por lo que la imposición o no de una pena no puede depender únicamente de su mayor o menor necesidad a

42. Cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 161 ss.

43. Ello es lo que permite fundar las «expectativas normativas que cabe imponer a un hombre sano». Cfr. Roxin, Culpabilidad, p. 164, siguiendo a Jescheck. Por otra parte, contra lo que supone Carbonell, en Carbonell/Gómez Colomer/Mengual, Enfermedad mental, pp. 30 y 32, y en contra también de la interpretación liberoarbitrista que efectúa Pérez Manzano de la teoría de la motivación (Culpabilidad cit., pp. 128 s.), según mi planteamiento, el sujeto penalmente responsable lo es no porque tuviera «capacidad normal *de motivación*», o de *«motivarse»*, en el sentido de que *pudiera haberse motivado a sí mismo* en una medida normal a actuar de otro modo —lo que ciertamente supondría la libertad de voluntad—, sino porque *pudo ser* (en pasiva) *y fue motivado* normalmente— aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos. Por una parte, no entiendo la motivación como objeto de una capacidad activa del sujeto, sino como el efecto que ejercen sobre él los motivos, y no exijo para la imputabilidad la capacidad activa de motivarse (normalmente), sino la capacidad pasiva de ser influido (normalmente) por las normas; y por otra parte, ser motivado normalmente no significa necesariamente, para mí, ser «motivado» con éxito (en el sentido que también tiene este verbo de ser efectivamente determinado por un motivo) a actuar con arreglo a Derecho, ni en ningún otro sentido determinado, sino sólo que en el proceso de decisión cada motivo concurrente (la norma es uno de estos motivos) desplegó su eficacia causal normal. Entendido, así, el proceso de motivación como un conjunto de fuerzas causales motivadoras percibidas por el sujeto, no veo que presuponga la libertad de voluntad.

44. Así Gimbernat, Estudios, pp. 176 s.; Roxin, Culpabilidad, pp. 175 ss. Sin embargo, cfr. Córdoba Roda, Culpabilidad, pp. 39 ss.

45. Cfr. Engisch, Die Lehre, pp. 57 s.

efectos de prevención especial, sino del límite normativo representado por la responsabilidad penal.[46] También es verdad, no obstante, que la existencia de medidas de seguridad que atajan ya la posible peligrosidad de los inimputables ha permitido históricamente ampliar las fronteras de la exclusión de responsabilidad penal más allá de lo que de otro modo toleraría la sociedad.[47] Así, la minoría de edad penal puede hallarse por encima del momento en que efectivamente se alcanza el «discernimiento», en buena medida porque la introducción de medidas específicas para el menor ha venido a suplir con ventaja la necesidad de la pena.

46. Cfr. Mir Puig, Introducción, p. 157, donde rechazo la sustitución de un Derecho penal de penas por otro de medidas, basándome en el principio de culpabilidad y su sentido democrático.

47. Sobre los condicionamientos de prevención general de la actual regulación alemana cfr. Stratenwerth, Die Zukunft, p. 15.

Lección 21.
EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Bibliografía

Arzt, Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 (1979), pp. 857 ss.; *Bacigalupo*, La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP de 1980, en La Ley, 16 enero 1981; *el mismo*, La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, pp. 215 ss.; *Busch*, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, en Festschrift für Mezger, 1954, pp. 165 ss.; *Cerezo Mir*, Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982; *el mismo*, La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano, en LH al Prof. Núñez Barbero, 2007; *Cobos*, Presupuestos del error sobre la prohibición, 1987; *F. J. Córdoba*, La evitabilidad del error de prohibición, 2012; *Córdoba Roda*, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962; *Cuello Contreras*, Culpabilidad e imprudencia, 1990; *Díaz y García,* El error de prohibición: pasado, presente y futuro, LH Torío López, 1999, pp. 335 ss.; *el mismo*, Conocimiento de la antijuridicidad y error de prohibición: una visión abierta del art. 14. 3 CP, en RDPCr nº 9, 2002; *el mismo*, El error sobre elementos normativos de tipo penal, 2008; *el mismo*, El error en el derecho penal económico, en Demetrio/Serrano-Piedecasas (dirs.), Cuestiones actuales de derecho penal empresarial, 2010; *Dimakis*, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, 1992; *Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, en Festschrift für Heinitz, 1972, pp. 207 ss.; *Engisch*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), pp. 566 ss.; *Fakhouri*, Delimitación entre error de tipo y error de prohibición, 2009; *la misma*, Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal, en InDret 4/2009; *la misma,* Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie, GA, 2010; *la misma*, Valoración crítica a la determinación del objeto del dolo conforme a la delimitación entre error de hecho y error de Derecho penal y extrapenal desde los tiempos del RG hasta la actualidad, en InDret 3/2011; *Felip*, Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código Penal, 2000; *Fernández Carrasquilla*, Hacia una dogmática penal sin culpabilidad, Nuevo Foro Penal, Bogotá, 16 (1982), pp. 954 ss.; *Frisch/ Puppe/Kindhäuser/Grünwald/Paeffgen*, El error en el Derecho Penal, Buenos Aires, 1999; *García Vitoria*, Tratamiento del error en el CP español, en Estudios penales y criminológicos, XI, 1989, pp. 149 ss.; *Gracia Martín*, Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II), AP 1994, pp. 345 ss.; *Groteguth*, Norm- und Verbots(un)kenntnis. § 17 S. 2 StGB, 1993; *v. Hippel*, Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, 1924; *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969; *Huerta Tocildo*, El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de CP, RFDUC, monográfico 3 (1980), pp. 7 ss. (= CPC 12 [1980], pp. 23 ss.); *la misma*, Problemática del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, pp. 249 ss.; *Armin Kaufmann*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, en Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 319 ss.; *Arthur Kaufmann*, Schuld und Strafe, 1966; *el mismo*, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *Kienapfel*, Unrechtsbewußtsein, en De Boor (ed.), Unrechtsbewußtsein, 1982, pp. 393 ss.; *Koriath*, Überlegungen zu einigen Grunsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1996, pp. 113 ss.; *Krümpelmann*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978, pp. 6 ss.; *Lang-Hinrichsen*, Zur Problematik der Lehre vom Tatbestands- und

Verbotsirrtum, JR 1952, pp. 184 ss.; *el mismo*, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, pp.302 ss., 356 ss.; *Langer*, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, pp. 193 ss.; *Lesch*, Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums, JA 1996, pp. 346 ss. (=PJ nº 45 (1997), pp. 139 ss.); *el mismo*, Unrechtseinsicht und Erscheinungsformen des Verbotsirrtums, JA 1996, pp. 504 ss.; *Luzón Peña*, Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación, en Poder Judicial, 1990, pp. 281 ss.; *Manso*, Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal, 1999; *la misma*, El error de prohibición en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde la perspectiva de la actual discusión doctrinal, en LH al Prof. E. Bacigalupo, 2004; *la misma*, Normunkenntnis aus belastenden Gründen, 2009; *Maqueda Abreu*, Comentario a las STS 4 oct. 82, La Ley, 11 abr. 83; *Mezger*, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, en Festschrift für Kohlrausch, 1944, pp. 180 ss.; *Mir Puig*, El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad, en el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994; *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo; El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 207 ss.); *el mismo*, Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983, en Rev. Jur. Castilla-La Mancha, nº 7 (1989), pp. 97 ss.; *el mismo*, Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto CP, RFDUC monográfico 3 (1980), pp. 39 ss.; *Monge Fernández*, El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad, 2008; *Muñoz Conde*, El error en Derecho penal, 1989; *el mismo*, La creencia errónea de estar obrando lícitamente, en Fernández Albor (ed.); *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987, pp. 251 ss.; *Neumann*, Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB), JuS 1993, pp. 793 ss.; *Nieto Martín*, El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición, 1999; *Olaizola*, El error de prohibición, 2007; *Pérez Alonso*, La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la Jurisprudencia del TS, ADPCP 1995, pp. 71 ss.; *el mismo*, El error sobre las circunstancias del delito, 2013; *Platzgummer*, Vorsatz und Unrechtsbewußtsein, en Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, I, 1974, pp. 49 ss.; *Ragués*, La ignorancia deliberada en Derecho penal, 2007; *Rodríguez Mourullo*, Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de CP español, en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980, pp. 15 ss.; *el mismo*, Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del TS, 1976; *Rodríguez Ramos*, Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP, en La Ley, 5 dic. 80; *Romeo Casabona*, El error evitable de prohibición en el Proyecto 1980, ADPCP 1981, pp. 739 ss.; *Roxin*, Teoría del tipo (Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2ª ed., 1970); *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *el mismo*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, en De Boor (ed.), Unrechtsbewußtsein, 1982, pp. 1 ss.; *Salazar Marín*, Autor y partícipe en el injusto penal, Bogotá 1992, pp. 35 s.; *Schmidhäuser*, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, pp. 1807 ss.; *el mismo*, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz, JZ 1979, pp. 361 ss.; *el mismo*, Schlußwort, JZ 1980, pp. 396 ss.; *Schünemann*, Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980, pp. 735 ss.; *Spendel*, Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik, en Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 89 ss.; *Torío*, Tipo. Error de tipo y error de prohibición, en Reformas penales en el mundo de hoy, 1984, pp. 95 ss.; *el mismo*, El «error iuris». Perspectivas materiales y sistemáticas, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Fernández Albor (ed.), 1975, pp. 313 ss.; *el mismo*, El error evitable de prohibición en el Proyecto de CP, en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980, pp. 249 ss.; *Trapero Barreales*, El error en las causas de justificación, 2004; *Warda*, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 499 ss.; *el mismo*, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung..., en Festschrift für Lange, 1976, pp. 119 ss.; *Welzel*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, pp. 368 ss.; *el mismo*, Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR 1951, pp. 65 ss.; *el mismo*, Nochmals der Verbotsirrtum, NJW 1951, pp. 577 ss.; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 2, 194, JZ 1952, pp. 304 ss.; *el mismo*, Arten des Verbotsirrtums, JZ 1953, pp. 266 ss.; *el mismo*, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, pp. 238 ss.; *el mismo*, El nuevo sistema del Derecho penal, trad. y notas de Cerezo Mir, 1964; *Zaczyk*, Der verschuldete Verbotsirrtum, JuS 1990, pp. 889 ss.; *Zugaldía Espinar*, El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica de CP español de 1980, CPC 15 (1981), pp. 511 ss.; *el mismo*, Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del CP, CDJ 1993, pp. 169 ss.

(Ver también la bibliografía de la Lección 10, II, 2)

I. Planteamiento

Reina acuerdo en la doctrina actual en requerir para la presencia de delito que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley. No basta que quien actúa típicamente conozca la *situación* típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que su actuación se halla prohibida. Es preciso, en otras palabras, el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho. Cuando tal conocimiento falta se habla de **«error de prohibición»**, en contraposición al **«error de tipo»** (cfr. Lección 10, II 2). Dicho error será **vencible** o **invencible** según que haya podido o no evitarse con mayor cuidado. También se admite pacíficamente que el error invencible ha de determinar la *impunidad*, mientras que el error vencible debe conducir —al menos en principio— a una *pena inferior*. Sin duda, esto es lo esencial, pero las opiniones se dividen a continuación, cuando se trata de precisar la naturaleza dogmática del error de prohibición y la fundamentación y alcance preciso de su tratamiento jurídico-penal. Por otra parte, la jurisprudencia tradicional se había resistido a admitir la plena eficacia eximente del error de prohibición, pero desde 1983 ésta viene expresamente impuesta por el CP (primero en el art. 6 bis a] CP anterior y ahora en el art. 14). Veamos los distintos puntos de esta problemática. **1**

II. Naturaleza dogmática y tratamiento jurídico en la doctrina

1. El causalismo clásico y el finalismo ortodoxo atribuyen una distinta naturaleza dogmática al error de prohibición y un diverso tratamiento jurídico al mismo. **2**

A) El **causalismo clásico** considera el conocimiento de la antijuridicidad del hecho como necesario para que concurra el dolo, que se contempla en la culpabilidad. Éste se concibe como ***dolus malus***, como voluntad consciente no sólo del hecho, sino también de su significado antijurídico. En consecuencia, el error de prohibición hace desaparecer el dolo, al privarle de una de sus dos partes integrantes. Su naturaleza dogmática coincide, por tanto, con la del error de tipo, lo que conduce a un mismo tratamiento para ambas clases de error: si el error es invencible procede la impunidad por falta de dolo e imprudencia, y si es vencible da lugar a imprudencia. Ésta es la llamada **«teoría del dolo»**, porque según ella *el error de prohibición excluye el dolo*.[1] **3**

1. Defienden, entre otros, esta teoría en nuestro país: Torío, Error iuris, p. 336; Cuello Calón, PG, p. 462; Rodríguez Devesa, PG, p. 602; Cobo/Vives, PG, 3ª ed., pp. 510-511; Rodríguez Ramos, op. cit., p. 2. Coincide en los resultados de esta teoría del dolo, aunque parte de la teoría de la culpabilidad y de una sistemática finalista, Córdoba Roda, Conocimiento, pp. 130 ss. También desde una sistemática finalista, cfr. Mir Puig, Función, p. 84.

4 Aquí utilizamos la terminología actual de «error de tipo» y «error de prohibición», pero hay que tener en cuenta que anteriormente el causalismo hablaba de **«error de hecho»** y **«error de Derecho»** para expresar aquella contraposición. Esta terminología anterior se halla superada porque dentro de la problemática del error de prohibición no entra la del desconocimiento de elementos normativos jurídicos previstos por el tipo: no todo elemento «de Derecho» afecta al tema del error de prohibición, sino que los elementos normativos jurídicos descritos en el tipo plantean la misma problemática que el «error de hecho», por lo que el error sobre cualquier elemento del tipo, ya sea descriptivo, o normativo, ya sea de hecho o de Derecho, debe tratarse de forma unitaria, como error de tipo. A él se contrapone el error sobre el estar prohibido del hecho (error de prohibición).[2]

5 *Ejemplo:* Quien comete un incesto prevaliéndose de su superioridad, sin saber que ello se halla prohibido por la ley, actúa en error de prohibición. En cambio, quien toma una cosa mueble *ajena* creyendo que era de su propiedad, actúa en error de tipo, porque la ajenidad es un elemento (normativo) del tipo del hurto (art. 234 CP), y ello por mucho que aquí el error sea «de Derecho» por versar sobre una cuestión jurídica como la propiedad.

6 B) El **finalismo** redujo el dolo al conocer y querer los elementos de la situación típica, excluyendo de él el conocimiento de su significación antijurídica. El dolo se convirtió en **«dolo natural»**. Al pasar el dolo de la culpabilidad al injusto, no pasó con él el conocimiento de la antijuridicidad. Éste permaneció en la culpabilidad, completamente separada del dolo (natural). El error de prohibición ya no podía, pues, excluir el dolo. Se formula entonces la siguiente construcción: el conocimiento de la antijuridicidad del hecho debe valorarse (en el sentido «potencial» que luego veremos) como requisito autónomo de la culpabilidad, y su ausencia, el error de prohibición, no impide la subsistencia del injusto doloso, sino que afecta sólo a la culpabilidad de su autor. De ahí que esta doctrina reciba el nombre de **«teoría de la culpabilidad»**. Ello se inscribe en la concepción general de la culpabilidad sustentada por el finalismo.[3] Veamos en qué términos.

7 Si la culpabilidad se hace depender del «poder actuar de otro modo» —como entiende Welzel—, cabe fundamentar la relevancia del error de prohibición diciendo que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no tiene razones para actuar de otro modo. De ahí que el error invencible determine la ausencia de culpabilidad. Por otra parte, quien desconoce la prohibición de forma evitable actúa culpablemente porque podría haberla conocido, pero su culpabilidad puede hallarse disminuida, en la medida en que el desconocimiento de la antijuridicidad reduzca su reprochabilidad. Mas ello no sucede

2. Admiten, incluso desde el causalismo, la terminología error de tipo y error de prohibición: Rodríguez Devesa, PG, p. 602; Rodríguez Mourullo, Leg. defensa, pp. 79 ss. (donde se señala que también la moderna doctrina del TS acoge la distinción de error de tipo/error de prohibición, tratando éste según la teoría del dolo); Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 670 ss.

3. No obstante, son antecedentes de esta formulación finalista v. Hippel y Graf zu Dohna: Cfr. Córdoba Roda, Conocimiento, pp. 112, 114.

necesariamente: cuando el error es *burdo* (o *craso*) en el sentido de que es del todo inexcusable —p. ej., alguien cree que robar no está prohibido—, no puede ni siquiera disminuir la reprochabilidad del hecho.[4]

En suma: para la culpabilidad es precisa la *posibilidad* de conocer la prohibición del hecho; si dicha posibilidad falta, lo que ocurre en el *error invencible*, se excluye la culpabilidad y toda pena; en caso de *error vencible*, no queda excluida la culpabilidad porque no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero si disminuye la reprochabilidad atenúa la culpabilidad, lo cual no sucede cuando el error es *burdo*. Error invencible, error vencible y error burdo son, pues, las tres categorías que maneja el finalismo, a las cuales asocia, respectivamente, la exclusión de la culpabilidad, su atenuación, o su pleno mantenimiento. **8**

Con ello se opera un cambio importante: lo que importa en el finalismo ya no es si el autor *conoce o no conoce* la prohibición (no importa el llamado «conocimiento *actual*» o efectivo de la prohibición), sino si podía o no podía conocerla, importa el llamado **«conocimiento potencial»**. Lo que queda, fuera del dolo (natural), como elemento autónomo de la culpabilidad no es, pues, en puridad, el conocimiento de la antijuridicidad, sino la posibilidad de dicho conocimiento.[5] **9**

2. También responden de forma distinta el causalismo clásico y el finalismo ortodoxo a la cuestión de si el **error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación** (p. ej. alguien cree equivocadamente que es objeto de una agresión) constituye o no un error de prohibición y cuál ha de ser su tratamiento jurídico. **10**

A) Según la **teoría del dolo** sustentado por el causalismo clásico, la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error que *excluye el dolo*. Como en este planteamiento el **11**

4. Cfr. Welzel, Nuevo Sistema, pp. 112 ss.; el mismo, Lb., pp. 164 ss. (=trad. pp. 230 ss.). Cfr. las exposiciones de Córdoba Roda, Conocimiento, pp. 111 ss.; Huerta Tocildo, CPC 1980, pp. 28 ss. Según la doctrina alemana la teoría de la culpabilidad ha encontrado un apoyo legal decisivo en el § 17 StGB 1975: mientras que el § 16 StGB declara que actúa sin dolo quien lo hace desconociendo alguna circunstancia perteneciente al supuesto de hecho legal (lo que se interpreta como «error de tipo»), determina el § 17 StGB que actúa sin culpabilidad quien comete el hecho sin advertir su antijuridicidad. Ello hace pensar a casi todos los autores que la teoría del dolo no es compatible ya con el Derecho alemán (cfr. Jescheck, Tratado, p. 623). De otra opinión, en favor aún de la teoría del dolo, Lange, GA 1976, p. 206. A favor de la teoría de la culpabilidad en nuestro país y sus consecuencias: Cerezo Mir, Problemas, pp. 88 s.; Gimbernat, Introducción, p. 77; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 442; Huerta Tocildo, loc. cit., pp. 35 ss.; Zugaldía, CPC, 1981, pp. 516 ss.; Romeo Casabona, ADPCP 1981, pp. 754 ss.; Bacigalupo, op. cit., p. 1; Maqueda, La ley 11 abril 83, p. 3; Gómez Benítez, Teoría, p. 486.

5. Cuestión distinta a la del conocimiento potencial de la prohibición es la que se plantea cuando el sujeto no sabe a ciencia cierta si el hecho está prohibido, pero tiene conciencia de que es muy probable de que lo esté. Se habla en este caso de conciencia eventual de la antijuridicidad, concepto paralelo al del dolo eventual referido a los elementos típicos, y su concurrencia se considera suficiente para negar todo error de prohibición. Sobre el tema cfr. Silva, ADPCP 1987, pp. 647 ss. También STS 865/2005 de 24 jun.

tratamiento del error —llámese de hecho o de Derecho, de tipo o de prohibición— es unitario (si es invencible, impunidad por falta de dolo y culpa, y si es vencible, imprudencia), carece de importancia práctica discutir en este contexto si el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es de tipo o de prohibición.

12 B) Según el **finalismo ortodoxo**, la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un *error de prohibición* —en su modalidad de «error de permisión»—. Se entiende que en tal caso el sujeto cree que actúa justificadamente y, por lo tanto, que su hecho no está prohibido, que está permitido.

13 *Ejemplo:* El que cree erróneamente que es agredido por otra persona y se defiende de ella causándole unas lesiones, realizaría el tipo del delito de lesiones en forma dolosa pero actuaría con error de prohibición (o permisión). Causaría las lesiones dolosamente, pero creyendo que ello le está permitido.

14 Ésta se conoce como **«teoría estricta de la culpabilidad»**, porque extiende el régimen de la teoría de la culpabilidad, más arriba descrito, incluso al error sobre los presupuestos de una causa de justificación: también aquí se entiende subsistente el dolo y sólo se excluye, atenúa o mantiene la culpabilidad según que el error sea invencible, vencible o burdo.[6]

15 C) Entre ambas posiciones (la teoría del dolo causalista clásica y la teoría estricta de la culpabilidad) se encuentra la doctrina tal vez dominante en Alemania: la **«teoría restringida de la culpabilidad»**.[7] Según ella, puede admitirse la teoría de la culpabilidad para el error de prohibición consistente en el creer que una conducta no esté tipificada por la ley, pero no para la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación. Aquí sería aplicable el tratamiento que propugna la teoría del dolo: *impunidad o imprudencia, según que el error sea vencible o invencible*. En todo caso deja de aplicarse el tratamiento correspondiente al tipo doloso.

16 La **teoría de los elementos negativos del tipo** (cfr. *supra*, Lección 6, III 2 Cb y IV 1 B, y Lec. 16, I 2) consigue fundamentar coherentemente esta solución:[8]

---

6. Cfr. Welzel, Nuevo Sistema, pp. 117 ss.; el mismo, Lb. pp. 168 ss. (=trad. pp. 235 ss.). Vid. la exposición de Huerta Tocildo, CPC 1980, pp. 29 s. Acogen en nuestro país esta versión estricta de la teoría de la culpabilidad todos los autores citados en la nota 4, salvo Gimbernat.

7. Cfr. p. ej., Maurach/Zipf, AT, p. 499; Stratenwerth, AT, 9/157; Schmidhäuser, AT, p. 418. También así una importante dirección de la jurisprudencia alemana y el § 8 del CP austríaco.

8. Pero esta conclusión de la teoría restringida de la culpabilidad se defiende también por autores que no admiten la teoría de los elementos negativos del tipo (así los citados en la nota anterior). Entonces se propugna una aplicación de la regulación del error de tipo por analogía o remitiendo a la consecuencia jurídica que supone: pese a no considerarse «error de tipo» en sentido estricto el error sobre los

que la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación se trate como *error de tipo y no de prohibición*. Según esta teoría, la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación es necesaria para que concurra la *parte negativa del tipo* y ésta, a su vez, para que se dé el *tipo total de injusto* (que tiene una parte positiva y una parte negativa); por lo tanto, la suposición errónea de que concurren aquellos presupuestos supone un error sobre el tipo negativo y, por tanto, relativo al tipo total de injusto: es un error de tipo. Téngase en cuenta que el error no recae aquí sobre la admisión por el Derecho de una causa de justificación. Será, en cambio, un error de prohibición el de quien, sin errar sobre la situación, cree equivocadamente que le asiste una causa de justificación que el Derecho no admite o cuyos límites legales sobrepasa.[9]

17 *Ejemplo:* Quien dispara sobre otro al que cree erróneamente su agresor, yerra sobre la *situación* al suponer que concurren los presupuestos de la legítima defensa. Existe un error de tipo que versa sobre su parte negativa. Si, en cambio, dispara sobre quien en días anteriores le ofendió, creyendo erróneamente que tiene derecho a vengarse según la ley, incurre en un error de prohibición por suponer que el Derecho admite la venganza como causa de justificación. También existe error de permisión si el agredido legítimamente prosigue su «defensa» después de dejar inconsciente al agresor y le da muerte creyendo que no sobrepasa con ello los límites legales de legítima defensa.

18 Sin necesidad de acoger la terminología de la teoría de los elementos negativos del tipo (cfr. *supra*, Lecciones 6 y 16), cabe efectuar un **planteamiento paralelo**. Igual como el error de tipo (positivo) se distingue del error de prohibición (directo) en que el primero afecta a la *situación* y el segundo al hecho de estar prohibida su realización, en el ámbito de las causas de justificación hay que distinguir entre error de tipo negativo que afecta a los presupuestos típicos de

presupuestos objetivos de una causa de justificación, se trata como si lo fuera. Destaca especialmente la fundamentación de este planteamiento en base a una pura «remisión a la consecuencia jurídica» prevista para el error de tipo Jescheck, Tratado, pp. 635 s. Establece una excesiva vinculación entre la teoría restringida de la culpabilidad y la fundamentación propia de la teoría de los elementos negativos del tipo Huerta Tocildo, CPC 1980, pp. 28 s.

9. Cfr. en este sentido Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, pp. 117, 123 ss.; Gimbernat, Estudios, p. 141, nota 32; Luzón Peña, La Ley 1989-3, pp. 576 s., y Curso, pp. 473 ss., quien acertadamente señala que la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no implica necesariamente creer que se actúa lícitamente, pues el sujeto puede creer erróneamente que, aun concurriendo aquellos presupuestos —lo que él supone— no existe justificación. Ni siquiera sería posible, pues, hablar siempre de desconocimiento de la prohibición. Por otra parte, téngase en cuenta que también en el error de tipo positivo el sujeto creerá normalmente —aunque también cabe imaginar que no sea así—- que actúa lícitamente, y no por ello se afirma la presencia de un error de prohibición: no se hace, porque el error procede de un desconocimiento de la situación, no del Derecho. Si bien no todo error de Derecho es error de prohibición (piénsese en el error sobre elementos normativos del tipo), todo error de prohibición ha de ser de Derecho. Y ello porque lo único que puede justificar la especificidad de tratamiento del error de prohibición es que se considere conveniente estimular el conocimiento de la ley. Cfr. Mir Puig, Rev. Jur. Castilla-La Mancha, 1989, p. 115.

la *situación* justificativa, y error de prohibición *(indirecto o de permisión)*, relativo a que *el Derecho* admita la justificación de la situación. Sólo el error sobre el Derecho —no el que versa sobre la situación— ofrece las peculiaridades que pueden explicar que sea tratado de forma distinta al error de tipo.

19 3. La **evolución** sufrida por las distintas teorías expuestas no obedece sólo a razones dogmáticas, sino, en buena parte, a **motivaciones político-criminales**. Hay que partir del hecho histórico de que los Tribunales alemanes —como, según veremos, los españoles—, no admitían en un principio la eficacia eximente del error de prohibición (conocido entonces como error de Derecho). La **teoría del dolo** clásica ofrecía importantes inconvenientes político-criminales que favorecían esta actitud de la jurisprudencia. Por una parte, en los casos de error burdo, fácilmente evitable y sólo explicable por una gravísima falta de consideración de los valores jurídicos, parece inconveniente que haya que dejar de aplicar la pena correspondiente al delito doloso y contentarse necesariamente con la de la imprudencia.[10] Ello se agrava aún por la segunda dificultad con que tropieza la teoría del dolo: en el Código alemán, como ahora también en el español, la imprudencia no se castiga con carácter general, sino sólo respecto a ciertos delitos específicamente determinados. El error de prohibición habría de conducir, según la teoría del dolo, a la impunidad en la mayoría de los casos, aunque fuera un error vencible[11] y, lo que es más inadmisible político-criminalmente, aunque el error fuera absolutamente burdo. A ello debe añadirse el temor a que cualquiera alegase desconocer la antijuridicidad y hubiese de ser absuelto en muchos casos, con el peligro de que ello fuera falso.

20 La formulación por Welzel de la **teoría de la culpabilidad** facilitó el cambio de actitud de los Tribunales alemanes, que pasaron a admitir la virtualidad eximente o atenuante del error de prohibición a partir de la Sentencia del Tribunal Federal de 18 de marzo 1952. La teoría de la culpabilidad venía a ofrecer una *vía político-criminal intermedia* entre el rechazo del error de prohibición y su admisión en los términos clásicos de la teoría del dolo —o, si se prefiere, una admisión moderada y matizada del error de prohibición—. Por una parte, rechazó toda relevancia, ni siquiera atenuante, al error burdo, facilitándose de paso la denegación de toda eficacia a posibles falsas alegaciones de desconocimiento del Derecho. Por otra parte —y esto es tanto o más importante—, impidió que ningún error vencible quedase impune por el hecho de que la imprudencia no fuera punible en el delito correspondiente, pues afirmó en todo caso la subsistencia de una culpabilidad atenuada por el delito doloso. Por último, en

10. Cfr. Córdoba Roda, Conocimiento, p. 107.

11. Cfr. Welzel, Nuevo Sistema, pp. 106, 108 s.; Maurach, Tratado II, p. 137; Córdoba Roda, Conocimiento, p. 107.

su versión de **«teoría estricta de la culpabilidad»**, ambas cosas resultaron aplicables al error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

4. Ello **no significa que la teoría estricta de la culpabilidad sea la preferible** desde cualquier punto de vista. Por de pronto, cabría objetar que la evolución histórica que lleva a espiritualizar la responsabilidad penal encuentra en la teoría estricta de la culpabilidad una *fase intermedia* que hay que superar si se quiere llegar al *pleno reconocimiento* del significado del error de prohibición. En este sentido podría sostenerse incluso que la teoría del dolo es más «avanzada» que la de la culpabilidad.[12] Los inconvenientes político-criminales de esta teoría, en cuanto se sigan considerando tales, se pueden obviar por vías como la de mantener una punición general de la *«imprudentia iuris»* para el error vencible. Por otra parte, es teóricamente incorrecto confundir el error de tipo negativo (error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación) con el error de permisión, si, en cambio, se distingue el error de tipo (positivo) y el error de prohibición. Por último, **no estimo posible afirmar la prohibición del hecho al autor cuando éste no puede conocer su antijuridicidad penal**: la posibilidad de conocimiento de la norma de determinación, entendida como imperativo concreto, es una *condición de aplicación tácita* de la misma. **21**

Esta última consideración me llevó en obras anteriores a negar que el error de prohibición invencible pudiese dejar en pie la *antijuridicidad concreta* del hecho, pues entendía este concepto en el sentido usual de *infracción de una norma* (que siempre he entendido como norma imperativa concreta).[13] Sin embargo, ya admití la posibilidad de entender que el error de prohibición invencible dejase en pie la «antijuridicidad abstracta», no entendida como infracción de la norma concretamente dirigida al autor, sino como infracción de una «prohibición general», «en abstracto», que no implica la concreta prohibición del hecho realizado en error de prohibición invencible.[14] Ahora bien, en esta edición manejo un concepto de antijuridicidad penal como juicio de desvalor (de nocividad para un bien jurídico-penal no justificada por un interés superior) que no supone *todavía* la infracción de una norma concreta (de determinación) (ver *supra*, Lecciones 5, 6 y 16). Esta antijuridicidad penal no presupone las condiciones de imputación personal del hecho, cuya ausencia no excluye su nocividad para el bien jurídico-penal ni supone la existencia de un interés superior justificante. La posibilidad de advertir la antijuridicidad penal, así entendida, es una de tales condiciones de **imputación personal** de la misma: condiciona la posibilidad de recepción de un imperativo concreto por el sujeto, pero no excluye, sino que *presupone la valoración del hecho como contrario a los intereses del Derecho penal.* **22**

Si el Derecho penal se justifica por la función de protección de bienes jurídicos a través de la motivación de la norma —lo que estimo necesario en un Estado social y democrático de Derecho—, sólo puede prohibir aquellos comportamientos que puedan evitarse mediante la motivación. Ahora bien, para que **23**

12. Así Torío, Error evitable, pp. 252 ss.
13. Cfr. Mir Puig, El error, en el mismo, El Derecho penal en el Estado, pp. 218 ss.
14. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 80 ss.

el sujeto pueda ser motivado por una norma penal que protege un bien jurídico-penal determinado, es preciso que dicho sujeto pueda saber que se encuentra frente a un tal bien protegido por el Derecho. Si el sujeto no puede saber que su acción va a lesionar un bien amparado por el Derecho ¿cómo podrá sentirse motivado a evitar dicha acción por la norma penal, si no puede ser motivado por ella? Y si la norma no puede motivarlo no tiene sentido que lo intente prohibiéndole el hecho.

24 Si el error de prohibición invencible ha de impedir la infracción de la norma de determinación, el error vencible debe disminuir su gravedad. Me inclino por entender, además, que ello se funda de la forma más sencilla y convincente posible diciendo[15] que **el error de prohibición excluye el tercer y último nivel necesario para que el dolo sea un *dolus malus*** (tras los niveles de conocimiento del tipo, necesario para el *dolo típico*, y el conocimiento de la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación, que exige el *dolo del tipo negativo*): la conciencia de la antijuridicidad; y que si el error es vencible deja paso a una **imprudencia de Derecho** por la falta de cuidado que el sujeto demuestra al no haber advertido la antijuridicidad, y si es invencible determina la impunidad por falta de dolo e imprudencia.

25 Ello no es óbice a la conveniencia de tratar separadamente el error de tipo y el error de prohibición, porque así lo aconseja la actual distinción de estos conceptos en la doctrina y en la ley.

III. Problemática del error de prohibición en España

26 1. Hasta la Reforma de 1983 en el Código penal español no existía precepto alguno que se refiriera expresamente al error de prohibición. En el Código civil, antes de la reforma de su Título Preliminar por obra del Decreto legislativo de 31 mayo 1974, el art. 2 declaraba: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Ello dio pie a los Tribunales penales para negar la eficacia al error que se llamaba «error de Derecho» (*«error iuris nocet»*). El nuevo art. 6,1 CC, añadió un segundo párrafo, tras la clásica declaración antes contenida en el art. 2, diciendo: «El error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen». En 1983 se introdujo el **art. 6 bis a) CP**, cuyo tercer párrafo estableció: «La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 66». El actual art. 14, 3 CP lo ha modificado en los términos siguientes: **«El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de**

15. Cfr., en este sentido, Salazar, Autor, pp. 35 s.

la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

Mas ahora importa señalar los hitos fundamentales de la evolución anterior a estos nuevos preceptos, que bajo una misma situación legislativa fue progresando hacia la admisión, más o menos plena, del error de prohibición. **27**

2. A) Por de pronto, desde antiguo, el **rechazo por la jurisprudencia** de la virtualidad eximente o atenuante del «error de Derecho» conoció una **excepción**: se admitía la eficacia del llamado **«error de Derecho extrapenal»**. Este concepto se refería al desconocimiento de normas jurídicas no penales que condicionaran la aplicación de la ley penal. Así, la STS 16 marzo 1892 llegó a la inculpabilidad de quienes inscriben tres hijos como legítimos sin serlo, porque, habiendo declarado ante el juez municipal su voluntad de contraer matrimonio, se creían casados «a causa de su ignorancia y falta de instrucción». En este caso el error recaía en las normas civiles que regulan el matrimonio. Esta diferencia de tratamiento del «error de Derecho extrapenal» no se justificaba en forma convincente por la jurisprudencia. En ciertos casos dicho error podía originar en el sujeto la creencia de obrar en el ejercicio de un derecho y, por tanto, en la eximente 10ª del anterior art. 8: ¿por qué admitir aquí la relevancia del error y negarla, en cambio, en quien cree actuar lícitamente por suponer equivocadamente que el Derecho *penal* admite otra causa de justificación? **28**

B) La **doctrina propugnó la admisión de todo error de prohibición** por distintos caminos. Antón Oneca ofreció una vía para superar el aparente obstáculo de aquella declaración del Código civil antes citada, según la cual «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». La vía era entender limitada esta declaración al desconocimiento de la *concreta ley (precepto)* penal aplicable, y distinguir de este desconocimiento el «error de Derecho», relativo a la *antijuridicidad del hecho en general* y no a su punibilidad.[16] Así, no importaría que el autor desconociera el concreto artículo que castiga el homicidio, sino que bastaría que supiera que matar a otro es contrario a Derecho. Córdoba partió de esta interpretación para eliminar el obstáculo del anterior art. 2 CC e intentó demostrar, además, que el CP exigía el conocimiento de la antijuridicidad general. Según su interpretación, la *voluntariedad* requerida por el anterior art. 1º CP para las acciones punibles debía referirse a la *norma* prohibitiva (o preceptiva), tanto en los delitos dolosos como en los culposos, lo que supondría la necesidad de la conciencia de la antijuridicidad. La palabra «malicia», que empleaba el art. 565 CP para referirse a los hechos dolosos, lo confirmaría, puesto que la malicia requiere una voluntad consciente de la maldad del hecho. El mismo art. 565 CP conduciría a la necesidad de rebajar la pena y aplicar sólo la de la imprudencia cuando faltara la conciencia de la antijuridicidad que supondría la «malicia».[17] **29**

Este planteamiento tiene de común con la **teoría del dolo** el tratamiento del error vencible como determinante de la estimación de imprudencia. Esta última solución era la dominante en nuestro país hasta la Reforma de 1983.[18] Se oponía a ella, desde un finalismo ortodoxo, un sector que mantenía la **teoría de la culpabilidad**. Cerezo la inscribía del modo **30**

16. Cfr. Antón, PG, p. 216; Torío, Error iuris, pp. 317 ss.

17. Cfr. Córdoba Roda, Conocimiento, pp. 130 ss.

18. Así lo entiende Gimbernat, Introducción, p. 76. Cfr. supra nota 1. No obstante, la doctrina dominante defiende esta solución desde el causalismo y según la concepción clásica de la teoría del dolo, mientras que Córdoba Roda intenta hacerla compatible con el finalismo distinguiendo el dolo como elemento del injusto y la conciencia de la antijuridicidad como requisito de la culpabilidad.

siguiente en el Derecho anteriormente vigente: cuando el error de prohibición era invencible podía eximirse aplicando por analogía la eximente del anterior art. 8, 1º CP (enajenación y trastorno mental transitorio), pues habría de común la falta de un acceso a la prohibición; y cuando el error era vencible cabía atenuar la pena aplicando por analogía aquella eximente como incompleta (anterior art. 9, 1º CP).[19]

31 Este tratamiento tropezaba desde 1974 con el obstáculo del segundo párrafo del art. 6, 1 CC antes citado. Al declarar que «el error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen», podía interpretarse en el sentido de que impedía que el error de derecho produjera efectos no determinados por la ley, sino producto de una aplicación analógica.[20] En cambio, el tratamiento propuesto por la teoría del dolo era perfectamente compatible con el art. 6, 1 CC, puesto que no recurría a la analogía, sino que incluía la exigencia del conocimiento de la prohibición en el dolo, y éste era requerido por la ley en el art. 565 CP («malicia»), precepto que también preveía la necesidad de castigar por imprudencia cuando la ausencia de «malicia» fuera debida a descuido.

32 Las **lagunas** que en Alemania habría determinado la teoría del dolo se hallaban en gran parte paliadas en nuestro Derecho, por la presunción de voluntariedad que proclamaba el anterior art. 1, II (lo que en la práctica podía resolver buena parte de los casos en que se alegase un «error burdo»), y sobre todo por el sistema de cláusulas generales que presidía la incriminación de la imprudencia. Esto permitía, en principio, castigar como *culpa iuris* el error de prohibición vencible respecto de todo delito,[21] incluso de aquéllos en que no cabe la imprudencia de hecho (en relación al tipo positivo) por razones estructurales.[22] Téngase en cuenta, por lo demás, que los anteriores arts. 565, 586, 3º, y 600 CP, ofrecían una amplia posibilidad de gradación de las penalidades según la gravedad de la imprudencia, de modo que tampoco podía objetarse la inconveniencia de una pena única para todos los casos de error de prohibición.

33 C) Tras el rechazo inicial de la eficacia del error de prohibición, **la jurisprudencia fue admitiéndola**, pero sólo en forma fragmentaria. Así, ya restringieron correctamente el alcance de la declaración del anterior art. 2 CC al desconocimiento de la *ley* (o *precepto*), las SSTS 19 dic. 62 y 26 mayo 64. Más recientemente, se citan algunas otras sentencias a favor de la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad, como las de 18 jun., 30 en. y 30 marzo 76 (que según Bajo abandonó la posición negadora y admitió la distinción de error de tipo y de error de prohibición a la luz del art. 6, 1 CC). Es cierto que en algunas sentencias se declaraba la necesidad de conocimiento de la antijuridicidad y que ha sido constante en el TS la doctrina según la cual la creencia errónea de ejercer un derecho excluye la responsabilidad penal,[23] mas ello no se traducía con la suficiente nitidez en un reconocimiento general de la relevancia del error de prohibición. Por una parte, aunque parece poco coherente, no consideraba el TS que la afirmación de la necesidad del *conocimiento* de la antijuridicidad supusiera necesariamente tener que otorgar la virtualidad al *error* de prohibición. Por otra parte, la admisión de eficacia exculpante para la suposición errónea de ejercer un derecho partía del tratamiento excepcional del error de derecho *extrapenal*, tratamiento que precisamente supone la negación de relevancia al error sobre la antijuridicidad *penal*.

---

19. Así Cerezo, en Notas a Welzel, Nuevo Sistema, p. 113; el mismo, Problemas, pp. 88 s.
20. Así Torío, Error iuris, pp. 315, 328 s.
21. En este sentido Córdoba Roda, El conocimiento, p. 134.
22. Ver nota 16 Adiciones a Jescheck I, p. 643.
23. Cfr. Córdoba Roda, El conocimiento, pp. 82 ss.

3. El art. 6 bis a) que **en 1983** se introdujo en el anterior CP, siguiendo al Proyecto CP 1980, decidió la cuestión acogiendo expresamente la relevancia del error sobre la licitud del hecho: «La creencia errónea, e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuese vencible se observará lo dispuesto en el art. 66» (el art. 66 señalaba la pena inferior en uno o dos grados para las eximentes incompletas). **El nuevo art. 14, 3 CP** establece: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».[24] **34**

A) La distinción entre el «error sobre *un hecho* constitutivo de la infracción penal» a que alude el nº 1 del art. 14 y el «error sobre *la ilicitud* del hecho» a que se refiere el nº 3 del mismo precepto, no debe entenderse necesariamente como equivalente a la clásica y hoy abandonada distinción entre «error de hecho» y «error de Derecho». **35**

El «error sobre la *ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal*» debe entenderse como desconocimiento de la prohibición legal del tipo de hecho realizado. Ello no alcanza a los casos en que se desconoce que *el hecho concretamente realizado* es ilícito por un error sobre la situación fáctica realizada, esto es, por un error de tipo: quien no advierte que está disparando sobre una persona, puede creer por ello que su hecho es lícito, y sin embargo no desconoce que disparar sobre una persona está prohibido. La expresión del art. 14, 3 CP se refiere *sólo* al desconocimiento de que *la ley* considera ilícito el «hecho constitutivo de la infracción penal», es decir, el tipo de hecho —así, p. ej., desconocimiento de que el hecho constitutivo del homicidio es ilícito—. Por lo tanto, el error previsto en el nº 3 del art. 14 tampoco comprende los casos de *error de derecho* que consistan en error sobre un elemento normativo jurídico integrante del supuesto de hecho de la infracción penal, sino sólo el desconocimiento de la ilicitud de dicho supuesto de hecho. Así, p. ej., la creencia errónea de que la cosa tomada es propia y no ajena, aunque proceda de un error de derecho, no tiene por qué ir acompañada del desconocimiento de que el hecho constitutivo del hurto es ilícito. **36**

Esto supone que todo **error sobre un elemento normativo del tipo**, aunque sea de derecho, deberá considerarse error sobre «un hecho... de la infracción penal». Todos los casos de *error de tipo* deben incluirse, pues, en el nº 1 o en el nº 2 del art. 14. **37**

En los mismos números habrá de incluirse el **error sobre los presupuestos de una causa de justificación**. La doctrina y la jurisprudencia españolas están divididas en cuanto a considerar esta clase de error como de tipo (negativo) o de prohibición y respecto al anterior art. 6 bis a) se discutía si debía someterse al régimen de los párrafos 1º y 2º o en el del 3º. La nueva terminología del art. 14 favorece la inclusión de esta forma de error en su nº 1. **38**

---

24. Sobre los requisitos que se han exigido jurisprudencialmente para la concurrencia del error de prohibición, vid. SSTS 302/2003 de 27 febr., 644/2003 de 25 mar., 755/2003 de 28 mayo, 1074/2004 de 18 oct., 601/2005 de 10 mayo, 211/2006 de 2 mar., 411/2006 de 18 abr. y 237/2007 de 21 mar.

39 Hemos visto que el nº 3 sólo se refiere a los casos de error que suponga desconocimiento de que el Derecho considera ilícito el hecho constitutivo de la infracción penal. Quien actúa creyendo erróneamente que es objeto de una agresión de la que necesita defenderse lesionando al supuesto agresor, no tiene, por esto sólo, que desconocer que es ilícito el hecho constitutivo de la infracción que objetivamente realiza (lesionar a quien de hecho no agredía). Es evidente, en cambio, que este sujeto yerra sobre «*un hecho* constitutivo de la infracción penal», según los términos del nº 1 del art. 14. La ausencia de una agresión fundamentadora de legítima defensa constituye *un hecho* necesario para la presencia de una infracción penal completa, en el sentido de concreta infracción de una norma penal que deja de existir cuando concurre una causa de justificación que permite el hecho. El supuesto de hecho completo de la concreta norma prohibitiva requiere una situación fáctica que no sólo realice la tipicidad abstracta del hecho, sino que no esté integrada por hechos —como determinadas agresiones— que lo justifiquen. Los presupuestos objetivos de una causa de justificación dan lugar a una situación fáctica distinta de la prohibida por la norma concreta. El *hecho* concretamente prohibido no se agota en la parte de situación descrita en el tipo del delito, sino que comprende también la ausencia en dicha situación de los *hechos* que dan lugar a una causa de justificación. En este sentido, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación recae «sobre un hecho constitutivo de la infracción penal», en los términos del nº 1 del art. 14. Y como entre los *hechos* constitutivos de la infracción penal deben incluirse tanto los elementos descriptivos como los elementos normativos —recuérdese lo dicho más arriba—, esto vale tanto para los presupuestos descriptivos como para los presupuestos normativos de las causas de justificación.

40 B) La remisión a una pena atenuada respecto a la del delito doloso para el error vencible se ha interpretado mayoritariamente como manifestación de la teoría de la culpabilidad.[25] Sin embargo, lo cierto es que ni el anterior art. 6 bis a) ni el actual art. 14, 3 nada dicen de la razón ni el fundamento de la inferior pena señalada en caso de error vencible, por lo que no cabe excluir que dicha pena inferior pueda fundarse en la existencia de *imprudentia iuris* (imprudencia de derecho) y la necesidad de su tratamiento diferenciado del de la *imprudentia facti* (imprudencia de hecho).

41 Que la fórmula del anterior art. 6 bis a) respondiera a una toma de posición en favor de la teoría de la culpabilidad, resultaría ciertamente sorprendente a la vista de la tradición jurídica española y, en particular, de la composición de la Comisión redactora del Proyecto de 1980[26] —de donde procede la redacción de aquel proyecto—. Dicha Comisión estaba integrada mayoritariamente por penalistas partidarios de la teoría del dolo. En realidad, el art. 6 bis a) —como el actual art. 14— no sólo no obligaba a la teoría de la culpabilidad, sino que ofrecía un importante argumento en favor de la teoría del dolo.

42 Que se remita a la *pena* inferior en uno o dos grados a la señalada al delito doloso,[27] no equivale, desde luego, a afirmar que exista un delito doloso. **El art. 6 bis a) se limitó**

---

25. Cfr. Torío, Error evitable, pp. 249 s.; Bacigalupo, op. cit., p. 1; Huerta Tocildo, op. cit., pp. 35 ss.; Zugaldía, op. cit., p. 511; Romeo Casabona, op. cit., pp. 740 s.; Maqueda, op. cit., p. 3; Cerezo, ADPCP 1985, pp. 279 ss.; Gómez Benítez, Teoría, p. 486; Octavio de Toledo/Huerta, PG, I, pp. 176 ss., y II pp. 62 ss., Gracia, AP 1994, pp. 368, 371 ss.; Luzón, Lecciones, p. 277.

26. Así lo reconoce Romeo Casabona, op. cit., pp. 741 ss.

27. Tanto el anterior art. 6 bis a) como el actual art. 14,3 también puede remitir a la pena inferior en uno o dos grados a la de un delito imprudente, lo que sucederá cuando el error de prohibición

a ofrecer una regla de determinación de la pena. Y esta pena no es tampoco la del delito doloso, sino otra pena inferior. Que se calcule tomando como base comparativa la del delito doloso, no significa que subsista el dolo, en su sentido más global de *dolus malus*. También en el anterior art. 565 CP, último párrafo, se obligaba a imponer siempre una pena inferior a la del hecho doloso, y también la atenuación prevista por el StGB alemán para el error de prohibición (§ 17) es la misma que se prevé en su caso para la tentativa (§ 23): en ambos casos se remite al § 49, y es evidente que nadie podría entender que ello significa que la tentativa supone la presencia del delito doloso consumado que sirve de base para atenuar la pena. Se trata, obviamente, de una regla de determinación de la pena coincidente, que nada dice acerca de la *razón* de la atenuación.

43 El nº 3 del art.14 no impone, pues, necesariamente la teoría de la culpabilidad. También puede interpretarse desde el prisma de una teoría del dolo matizada por la admisión de un distinto tratamiento del error excluyente del dolo natural y del error que no excluye el dolo natural, sino que sólo impide que éste se convierta en *dolus malus*. Cabe ver en aquel precepto la expresión de una cláusula general de *culpa iuris*, como la propuesta desde las premisas de la teoría del dolo con objeto de evitar la inconveniente impunidad del error de prohibición vencible en todos los casos en que no sea punible la *culpa facti*.[28]

44 En favor de esta interpretación desde el prisma de la teoría del dolo se halla, por lo demás, un dato fundamental de su regulación: según dicho precepto *todo error* de prohibición, *aunque sea burdo*, impide el castigo señalado al hecho doloso. Ello se opone al principio de la teoría de la culpabilidad según el cual, al no estar ya en juego el dolo, no es preciso el conocimiento *actual* de la prohibición para que concurra plena culpabilidad, sino que puede bastar la *posibilidad* de conocer la prohibición (conocimiento *potencial*), puesto que sólo importa

---

vencible se refiere a un hecho imprudente (así, por desconocer la norma de cuidado): cfr. Zugaldía, op. cit., p. 519.

28. Sobre esta construcción propuesta en Alemania por Schröder, y sobre el modo de hacerla viable en España —coincidiendo, por cierto, con la imposición de una pena inferior a la señalada al delito base que prevé el art. 14,3— cfr. Torío, Error evitable, pp. 263 ss. De acuerdo con el planteamiento aquí propuesto, desde la teoría del dolo: Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 681; Rodríguez Ramos, Compendio, p. 224; Joshi, ADPCP 1987, p. 699. Reconociendo la posibilidad que sugiero de interpretar la remisión a la pena inferior en uno o dos grados como expresión de una cláusula general de *culpa iuris*, Huerta Tocildo, op. cit., pp. 33 y 35 (aunque se muestra en contra). De acuerdo también en que el art. 6 bis a) no imponía necesariamente la teoría de la culpabilidad: Muñoz Conde, Estudios, p. 290 (creyendo que permitía combinar, según una perspectiva político-criminal orientada a las consecuencias, elementos de la teoría de la culpabilidad y de la teoría del dolo); sin embargo cfr. Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 441 ss.; Quintero, en Quintero/Muñoz Conde, La reforma del Derecho penal, 1983, pp. 53 ss.; Rodríguez Devesa, RFDUC monogr. 6 (1983), p. 598; Cuello Contreras, CPC nº 32 (1987), pp. 283 y 285, y ADPCP 1986, pp. 837 ss. (aunque parece favorable a la teoría de la culpabilidad). Para Bustos, ADPCP 1985, pp. 711 ss., 719, ni la teoría del dolo ni la de la culpabilidad explicaban adecuadamente el art. 6 bis a) III, sino que creía necesario un planteamiento distinto, que no entienda la «creencia errónea» como forma de error, sino de «conciencia diferente» que supone una valoración del hecho distinta de la del Derecho positivo. Las SSTS 20 abr. 85 y 15 mar. 1985, entre otras, consideran que el conocimiento de la significación antijurídica del hecho constituye un elemento del dolo y que la ausencia de aquél excluye éste.

que el sujeto *pudiera* ser objeto del pleno reproche y ello sucede en el caso del error burdo.[29] El art. 14, 3 responde, en cambio, a la alternativa conocimiento/no conocimiento (lógica cuando se trate de decidir si concurre el dolo), y no a la de posibilidad/no posibilidad de reproche.

45 Es expresivo, en este sentido, que el art. 14, 3 CP deje de remitir a la atenuación prevista para las eximentes incompletas precisamente cuando ésta ha dejado de ser obligatoria. Esta atenuación es ahora *facultativa* (art. 68 CP), mientras que el art. 14, 3 *obliga* a imponer la pena inferior en uno o dos grados siempre que el error es vencible. Tal vez ésta haya sido una de las razones que expliquen que el art. 14, 3 regule ahora por su cuenta el tratamiento del error vencible de prohibición: la voluntad de no extender al error de prohibición vencible el carácter *facultativo* de la imposición de la pena inferior en uno o dos grados que ahora se prevé cuando concurre una eximente incompleta. Pero ello choca precisamente con la lógica de la teoría de la culpabilidad, que habría aconsejado el carácter no obligatorio de la atenuación de la pena en caso de error vencible de prohibición.

29. Cfr., consciente de esta diferencia que separa la fórmula procedente del Proyecto de 1980 de la teoría de la culpabilidad, Rodríguez Mourullo, Reforma penal, p. 25.

Lección 22.
INIMPUTABILIDAD. LA ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA NO TRANSITORIA

Bibliografía

A.A.V.V., Jornadas sobre Psiquiatría forense (Cursos del Centro de Estudios Judiciales), 1990; *Agudelo Betancur*, Los inimputables frente a las causas de justificación e inculpabilidad, Bogotá, 1982; *Alberca Llorente/Valenciano Gaya/Sánchez Pedreño/Ros de Oliver*, Psiquiatría y Derecho penal, con Estudio preliminar de Barbero Santos, 1966; *P.-A. Albrecht*, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, pp. 193 ss.; *Al-Fawall Portal,* Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental, 2013; *Alonso Álamo*, Observaciones sobre el tratamiento penal de los psicópatas, en Libro-Homenaje a Beristain, 1989, pp. 447 ss.; *Ancel*, La position des législations modernes en face du problème des délinquants mentalment anormaux, en Los delincuentes mentalmente anormales, 1961-62, pp. 97 ss.; *Bertel*, Die Zurechnungsfähigkeit, ÖJZ 1975, pp. 622 ss.; *Blanco Lozano*, La eximente de anomalía o alteración psíquica, 2000; *el mismo*, El concepto penal de imputabilidad, La Ley 2002-1, pp. 1871 ss.; *Blau/Franke*, Prolegomena zur strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Jura 1982, pp. 393 ss.; *Bockelmann*, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), pp. 372 ss.; *Bustos*, La imputabilidad en un Estado de Derecho, en el mismo, Control social y sistema penal, 1987, pp. 281 ss.; *Carbonell/Gómez Colomer/Mengual*, Enfermedad mental y delito, 1987; *Castilla del Pino*, Introducción a la Psiquiatría (3 vols.), 1978; *Cerezo*, La eximente de anomalía o alteración psíquica. Ámbito de aplicación, LH Torío López, 1999, pp. 245 ss.; *el mismo*, El tratamiento de los semiimputables, ADPCP 1973, pp. 23 ss.; *Cuerda Riezu*, La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?, en InDret 2/2014; *De la Cuesta Arzamendi*, Imputabilidad y Nuevo Código Penal, LH Torío López, 1999, pp. 299 ss.; *Díaz Palos*, Teoría general de la imputabilidad, 1965; *Erhardt*, Die Schuldfähigkeit in psychiatrisch-psychologischer Sicht, en Schuld-Verantwortung-Strafe, 1964, pp. 277 ss.; *Fernández Gallego*, Derecho y Psiquiatría. La enajenación mental. Eximente primera del art. 8º CP, 1953; *Foth*, Einige Bemerkungen zur verminderten Schuldfähigkeit bei alkoholisierten Straftätern, en Festschrift für Salger, 1995, pp. 31 ss.; *González Collante/Sánchez Vilanova*, Trastornos de personalidad, in/imputabilidad penal y medidas de seguridad, en EPC (34) 2014; *Göppinger/Presser (ed.)*, Sozialtherapie. Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982 (recoge trabajos de varios autores); *Göppinger/Witter (ed.)*, Handbuch der forensischen Psychiatrie (2 vols.), 1982 (recoge trabajos de varios autores); *Haddenbrock*, Freiheit und Unfreiheit des Menschen im Aspekt der forensischen Psychiatrie, JZ 1969, pp. 121 ss.; *el mismo*, Psychiatrische Krankheitsparadigma und strafrechtliche Schuldfähigkeit, en Festschrift für W. Sarstedt, 1981, pp. 35 ss.; *Joshi*, Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener..., ADPCP 1989, pp. 125 ss.; *la misma*, Actio libera in causa y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas, La Ley, 11 marzo 94, pp. 1 ss.; *Iglesis Río,* La eximente de "anomalía o alteración psíquica (art. 20-1 CP), en ADPCP, 2003; *Krümpelmann*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit..., ZStW 88 (1976), pp. 6 ss.; *Laín Entralgo*, La responsabilidad penal del enfermo mental, 1951; *López Sáiz/Codón*, Psiquiatría jurídica penal y civil, 3ª ed., 2 vols., 1968-1969; *Lorenzo Salgado*, La vigencia del principio de legalidad en el CP español, en A.A.V.V.,

Estudios penales y criminológicos, 1987, pp. 127 ss.; *Martín Lorenzo*, La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal, 2009; *Martínez Garay*, La imputabilidad penal, 2005; *Mateo Ayala*, La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el CP español, 2003; *Mena Álvarez*, Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico, en Estudios jurídicos en honor al Prof. Pérez-Vitoria, II, pp. 469 ss.; *J. E. Meyer*, Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit, ZStW 88 (1976), pp. 46 ss.; *el mismo*, Der psychiatrische Sachverständige und seine Funktion im Strafprozess, MonSchrKrim 1981, pp. 224 ss.; *Mir Puig*, Consideraciones actuales sobre la investigación de la personalidad en Derecho penal español, RJCat 1972, pp. 37 ss.; *el mismo*, Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable, en Psicopatología 2 (1982), pp. 155 ss.; *el mismo*, Psychische Abnorme und Drogenabhängige Rechtsbrecher im spanischen Strafrecht, en Haesler (ed.), Psychische Abnorme und Drogenabhängige Täter, 1983, pp. 105 ss. (en esta obra se contienen trabajos de varios autores); *Morillas Fernández*, Aspectos criminológicos de los psicopátas y asesinos en serie, en CPC nº 77, 2002; *Moser*, Repressiver Kriminalpsychiatrie, 2ª ed., 1971; *Muñoz Conde*, Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención, 1981; *Navarro Frías*, Psicopatía y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código Penal, en CPC (105) 2011; *Obregón*, La eximente de estado de intoxicación plena por consumo de alcohol u otras drogas, RDPCr (número extraordinario) 2000, pp. 275 ss.; *Ortega-Monasterio*, Psicopatología jurídica y forense, 1993; *Orts Berenguer*, La medida de internamiento para determinadas eximentes incompletas, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 271 ss.; *Padilla*, Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas, 2001; *Pérez-Curiel*, Tratamiento penal del drogodependiente: análisis práctico de las eximentes y atenuantes del Código Penal de 1995, 1999; *Puerta Luis*, Causas de inimputabilidad: anomalías y alteraciones psíquicas. Trastorno mental transitorio, en EDJ, 2006; *Rasch*, Schuldfähigkeit, en Ponsold 9ª ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3ª ed., 1967, pp. 55 ss.; *Reyes Echandía*, La imputabilidad, 2ª ed., 1979; *Rodríguez Devesa*, El concepto bipolar de la enfermedad mental, en Los delincuentes mentalmente anormales, 1961-62, pp. 523 ss.; *Del Rosal Blasco*, Las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad y de la imputabilidad disminuida en el derecho español, en Cuadernos de derecho Judicial, CGPJ, 1993, pp. 255 ss.; *Ruiz Vadillo*, La criminalidad mentalmente anormal, en Los delincuentes mentalmente anormales, 1961-62, pp. 595 ss.; *Salvador Concepción*, La inimputabilidad por "anomalía o alteración psíquica": tratamiento jurisprudencial actual, Rev de Derecho y proceso penal, 2014; *A. Schmidt*, Probleme der Kriminalität geisteskranker Täter, 1970; *R. Schmitt*, Die «schwere andere seelische Abartigkeit» in §§ 20 und 21 StGB, ZStW 92 (198), pp. 346 ss.; *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten, 9ª ed., 1950; *el mismo*, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 3ª ed., 1956; *Schorsch/Pfäfflin*, Wider den Schulenstreit in der forensischen Psychiatrie, MonSchrKrim 1981, pp. 234 ss.; *H. L. Schreiber*, Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, NStZ 1981, pp. 46 ss.; *Schwalm*, Schuld und Schuldfähigkeit..., JZ 1970, pp. 487 ss.; *Streng*, Richter und Sachverständiger..., en Festschrift für Leferenz, 1983, pp. 397 ss.; *el mismo*, Psychowissenschaftler und Strafjuristen, NStZ 1995, pp. 12 ss., 161 ss.; *Suárez-Mira*, La imputabilidad del consumidor de drogas, 2000; *Tamarit*, Culpabilidad, maldad e imputabilidad, en RDPCr nº 15, 2006; *Terradillos*, Peligrosidad social: la reforma del art. 8, 1º CP, en II Jornadas de Derecho penal, (Centro universitario de Toledo) 1984; *el mismo*, Tratamiento jurídico-penal de la enajenación, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 123 ss.; *Torío López*, Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental, en Estudios jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria, 1983, II, pp. 967 ss.; *Del Toro*, Presupuestos del dictamen psiquiátrico en el Derecho penal español, en Anales de Medicina Forense, 1968-1972, pp. 287 ss.; *Trifftierer/Mitterauer*, Zur Bedeutung genetischer Vermächtnisse für die Schuldfähigkeit, MedR 1994, pp. 297 ss.; *Undeutsch*, Zur Problematik des psychologischen Sachverständigen, en Festschrift für Lange, 1976, pp. 703 ss.; *Urruela*, Hacia un nuevo modelo de cooperación entre Derecho penal y Psiquiatría en el marco del enjuiciamiento de la inimputabilidad en virtud de la eximente de anomalía o alteración psíquica, en A.A.V.V., Estudios jurídicos en memoria de J. M. Lidón, 2002; *Venzlaff*, Restaurierung eines «engen» Krankheitsbegriffs...?, ZStW 88 (1976), pp. 57 ss.; *Verrel*, Die Anwendung der §§ 20, 21 StGB im Bereich der Tötungskriminalität, MSchrKrim 1994, pp. 272 ss.; *el mismo*, Die Verwertung von Schuldunfähigkeitsgutachten im Strafurteil, ZStW 106 (1994), pp. 332 ss.; *De Vicente Remesal*, Evolución en el tratamiento jurisprudencial de la eximente de anomalía o alteración psíquica, en Demetrio (dir.)/Maroto (coord.), Neurociencias y Derecho penal, 2013; *Vogt*, Die Forderungen der psychoanalitischen Schuldrichtungen für die Interpretation der Merkmale der Schuldunfähigkeit..., 1979; *H. Wegner*, Einführung in die forensische Psychologie, 1981; *Weinschenck*, Beginnt die Schuldfähigkeit wirklich

erst mit der Vollendung des 14. Lebensjahres?, MonschrKrim 1984, pp. 15 ss.; *Witter*, Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, en Festschrift für Lange, 1976, pp. 723 ss.; *el mismo*, Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schulfähigkeit, en Festschrift für Leferenz, 1983, pp. 441 ss.; *Wolfslast*, Die Regelung der Schuldfähigkeit im StGB, JA 1981, pp. 464 ss.; *Würtenberger*, Zur Problematik der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, JZ 1954, pp. 209 ss.

I. La inimputabilidad en general

1. Según la **doctrina dominante** en la actualidad, la **imputabilidad** requiere **1**
dos elementos: a) la capacidad de *comprender* lo injusto del hecho, y b) la capacidad de *dirigir* la actuación conforme a dicho entendimiento.[1] Ambos elementos se exigen expresamente por el Derecho penal alemán (parágrafo 20 StGB y parágrafo 3 de ley de Tribunales de Jóvenes). También se recogen en el art. 20, 1º y 2º del actual CP español.

Esta caracterización de la imputabilidad ha venido a sustituir la **noción his-** **2**
tóricamente anterior de la misma, como capacidad de *conocer y querer*.[2] Se ha advertido que también los inimputables pueden conocer y querer el hecho. El enajenado puede saber que está matando a otra persona y querer hacerlo. Es más: si el sujeto se halla en situación de inconsciencia en el momento en que realiza el hecho, no faltará sólo la imputabilidad, sino incluso la propia presencia de un comportamiento humano, primer elemento del concepto de delito. No faltará sólo la imputación personal, sino la acción y, por tanto, también la antijuridicidad.[3] Según la sistemática finalista, por otra parte, si falta el «dolo natural» desaparece el tipo de injusto doloso y no sólo la culpabilidad, lo cual presupone que la capacidad de «querer» se exige ya para que cualquiera, sea imputable o sea inimputable, pueda realizar un tipo doloso.

Para que se halle ausente lo específico de la imputabilidad hoy se suele, pues, **3**
exigir que el sujeto que ha realizado un comportamiento humano típico (con consciencia y voluntad) antijurídico, sea incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión. Falta lo primero cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho. Falta lo segundo cuando el sujeto es incapaz de

1. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 598 ss., 600; Córdoba Roda, Comentarios, I pp. 207 ss.; Torío, Homenaje a Pérez-Vitoria II, pp. 974, 975 ss.; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 576. Vincula más directamente imputabilidad y libre albedrío, Díaz Palos, Imputabilidad, pp. 40 ss. Aúna ambos planteamientos Reyes Echandía, Imputabilidad, pp. 39 ss.

2. Mantiene aún la concepción de la imputabilidad como capacidad de conocer y querer el art. 88 Codice penale italiano de 1930: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha comesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere o di volere».

3. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 208 s.

autodeterminarse, de autocontrolarse, con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Si no concurre el primer elemento relativo a la comprensión de lo injusto, tampoco concurrirá el segundo; pero puede concurrir la suficiente capacidad de entendimiento y hallarse ausente el elemento de autocontrol según dicho entendimiento.

4 *Ejemplo:* En el niño de corta edad falta la capacidad de comprensión y, por tanto, también la necesaria autodeterminación. Lo mismo sucede en el oligofrénico. En cambio, el esquizofrénico puede ser capaz de advertir lo prohibido del hecho y, sin embargo, se dice que le falta la capacidad de determinar su voluntad conforme a dicha comprensión.[4]

5 2. La fórmula que maneja la doctrina dominante y que ha acogido nuestro actual CP para caracterizar la imputabilidad es susceptible de la siguiente **crítica**. El segundo requisito de dicha fórmula —que el sujeto sea capaz de actuar conforme a la comprensión de lo ilícito del hecho— sólo tiene sentido para un planteamiento que admita basar la imputabilidad en la concurrencia de *libertad de voluntad* o *libre albedrío*.

6 Hay que descartar otra posible interpretación de la fórmula dominante, en el sentido de que sólo exigiera la capacidad de actuar bajo el influjo motivacional de la conciencia de lo injusto del hecho.[5] Quien conoce el significado antijurídico de su actuación, no puede evitar que dicho conocimiento constituya uno de los motivos que gravitan sobre su conducta, tanto si su influjo logra determinar su actuación como si fracasa ante la concurrencia de otros motivos que resulten más poderosos. La fórmula de la doctrina dominante debe entenderse en otro sentido: exige que el sujeto pueda actuar *de conformidad* con la norma que advierte; si, dicha posibilidad de respetar la ley existe en el momento del hecho y, pese a ello, el sujeto infringe la norma, el hecho antijurídico será imputable al autor. Se trata, como se ve, de la concepción del «poder actuar de otro modo», que presupone la admisión de la libertad de voluntad.[6] Pero, como se vio en la Lección 20, es indemostrable científicamente que el delincuente haya podido dejar de delinquir. Por esta razón no puede fundarse la responsabilidad penal ni, en particular, la imputabilidad en «el poder actuar de otro modo», y por ello no cabe tampoco admitir la definición dominante de imputabilidad.

---

4. Son incorrectas ciertas declaraciones jurisprudenciales en el sentido de exigir para la inimputabilidad una «ausencia total de las facultades cognitivas y volitivas» (STS 5 nov. 55), un «estado de inconsciencia absoluta» (STS 28 agosto 13), una «pérdida total y absoluta de conciencia y voluntad» (STS 27 jun. 79), o una privación total de facultades intelectivas o volitivas (STS 5 marzo 80). No obstante, otras sentencias exigen sólo, más correctamente, plena perturbación de las facultades intelectivas para conocer la antijuridicidad o de la voluntad para orientar la actividad conforme a dicho conocimiento (STS 28 marzo 80), capacidad de conocer el alcance antijurídico o autodeterminarse en el sentido de la norma (STS 17 oct. 80), etc.

5. Torío, Homenaje a Pérez-Vitoria II, p. 976, siguiendo a Mezger, entiende que cabe escapar al problema del libre albedrío si se entiende la capacidad de autodirección según el conocimiento de la antijuridicidad como posibilidad de «responder a la motivación normativa».

6. Así p. ej. con gran claridad Reyes Echandía, Imputabilidad, p. 40.

3. Según la concepción de la responsabilidad penal que sirve de base a esta obra, la imputabilidad debe definirse en función de la **normalidad motivacional** del sujeto. La responsabilidad penal falta cuando el sujeto actúa bajo el influjo de una motivación anormal, y este influjo puede tener lugar en términos tales que afecte a la normalidad *psíquica* del sujeto. Cuando excluya la normalidad psíquica del sujeto desaparecerá la imputabilidad[7] —a diferencia de lo que sucede con las causas de exculpación, que suponen una *situación* motivacional anormal. **7**

El concepto de «normalidad» es relativo y depende no tanto de consideraciones estadísticas como de lo que en cada momento histórico-cultural se considera como «normal»: no se trata de un concepto naturalístico, sino *normativo o cultural*.[8] Cada Código penal viene, por otra parte, a reflejar una determinada concepción acerca de dicha «normalidad». En términos generales cabe advertir una evolución histórica que supone una **progresiva ampliación** del ámbito de las causas de inimputabilidad. En épocas históricas anteriores los enfermos mentales respondían penalmente, y hasta hace poco la edad límite de la mayoría de edad penal se fijaba muy por debajo de la actual. Hoy se advierte una tendencia en los Códigos penales más modernos a ampliar la exención de responsabilidad penal por inimputabilidad admitiéndose anomalías psíquicas distintas a la oligofrenia y la propia enfermedad mental.[9] **8**

4. El actual **Código penal español** ha venido a acoger la fórmula de la doctrina dominante que exige la capacidad de comprender lo ilícito del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión, pero sólo respecto a los números 1º y 2º del art. 20. Según la opinión dominante, existen además otras causas de inimputabilidad en el CP. Constituyen causas unánimemente reconocidas por la doctrina como de exclusión de la imputabilidad las siguientes: **9**

1º) La **anomalía o alteración psíquica permanente** que impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20 1º). **10**

2º) El **trastorno mental transitorio** que produzca el mismo efecto (art. 20, 1º), del cual deben considerarse manifestaciones particulares los casos ahora **11**

---

7. Así ya, entendiendo la imputabilidad como «el presupuesto de la responsabilidad jurídico-penal», von Liszt, Aufsätze, II, p. 43. Acoge este planteamiento la STS 3 mayo 95.

8. Quintero Olivares, Introducción, p. 201 habla de «promedio de capacidad», pero como una «decisión político-criminal».

9. Así, el § 20 StGB se refiere, junto a las enfermedades mentales, a las oligofrenias y a los trastornos profundos de la consciencia, a «otras anormalidades psíquicas graves». En esta expresión pueden incluirse psicopatías, neurosis y perturbaciones sexuales graves, difícilmente encajables en las fórmulas más tradicionales (cfr. *infra*): vid. Jescheck, Tratado, p. 604. En esta línea el art. 8, 1º de la propuesta Alternativa de Parte General del PC-PSUC, que acogió la fórmula propuesta por Mir Puig, RFDUC 1980, p. 51. Ha sido el criterio introducido por el actual art. 20, 1º CP.

expresamente mencionados de **intoxicación plena por el consumo de determinadas sustancias** y de **síndrome de abstinencia** que impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20, 2º).

12 3º) La **minoría de edad penal**, que ha quedado situada por debajo de los 18 años (art. 19 CP) desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores.

13 4º) La **alteración en la percepción** desde el nacimiento o desde la infancia, que determine un alteración grave de la conciencia de la realidad (art. 20, 3º).

14 No son causas de inimputabilidad ni la *fuerza irresistible* (anterior art. 8, 9º, hoy suprimido), ni el *miedo insuperable* (art. 20, 6º). La primera excluye la propia presencia de un comportamiento humano, y el miedo insuperable es una causa de exculpación por inexigibilidad de una conducta distinta.

15 5. Si bien la inimputabilidad excluye la responsabilidad penal, no obsta a la posibilidad de imposición de **medidas de seguridad**. Al suponer una anormalidad psíquica, la inimputabilidad puede delatar *peligrosidad criminal*, razón por la cual prevé la ley medidas de seguridad para ciertos inimputables: así, por ejemplo, el internamiento del enfermo mental en un establecimiento psiquiátrico o las que puedan imponer al menor los correspondientes organismos administrativos o judiciales de menores. La tendencia histórica, antes mencionada, a la ampliación de la exención de responsabilidad penal por inimputabilidad, ha sido posible, en parte, por la aparición de medidas que han podido cumplir la función de control en lugar de las penas. La progresiva ampliación de las causas de irresponsabilidad penal sigue en el presente y continuará en el futuro, de la mano de una sustitución cada vez mayor de las penas por medidas más específicas. Igual como hoy creemos preferible tratar al enfermo mental con una medida adecuada a su personalidad, a medida que vayamos conociendo las causas sociales y personales que explican cada grupo de delitos y de delincuentes iremos aceptando sustituir las penas por las medidas que en cada caso aparezcan como indicadas. Pero ello deberá condicionarse a que no resulten menoscabadas las garantías que rodean a la pena.[10] La advertencia se basa en la observación de los peligros que ya hoy encierran las medidas previstas por la ley para los inimputables, y que se examinarán en su momento.

10. Destaca los peligros de las medidas de seguridad en general y la necesidad de limitar las previstas para inimputables: Muñoz Conde, Introducción a Roxin, pp. 36 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 432 s.

II. La anomalía o alteración psíquica no transitoria

1. *Evolución histórica de la eximente. Fórmulas biológicas, psicológicas y mixtas*

16 A) Según el art. 20, 1º CP, está exento de responsabilidad criminal «el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.» La fórmula alcanza tanto a los casos en que la anomalía o alteración es permanente (así, por enfermedad mental u oligofrenia), como a los casos en que es puramente transitoria. Ello se desprende de la referencia que hace al «trastorno mental transitorio» el párrafo segundo del art. 20, 1º. Sin embargo, aquí estudiaremos solamente la anomalía o alteración psíquica permanente y dejaremos para la Lección siguiente el trastorno mental transitorio.

17 Según el art. 101 CP, las personas que sean declaradas exentas de responsabilidad criminal por sufrir una anomalía o alteración psíquica, podrán ser sometidas a una medida de internamiento terapéutico o educativo carente del carácter de pena o a otras medidas de seguridad.

18 En **épocas históricas anteriores** se hacía responder penalmente al enfermo mental. El Derecho romano, de acuerdo con su característica subjetivización de la responsabilidad penal frente al principio más primitivo de la responsabilidad objetiva, reconoció la exención de pena para ciertos enfermos mentales (el *mente captus* y, cuando se hallasen fuera de un intervalo lúcido, el *furiosus* y el *demens*). Marco Aurelio previó, por otra parte, una especie de internamiento asegurativo *(ad securitatem proximorum)* que Ferri vio como un antecedente de las medidas de seguridad propugnadas por la Scuola Positiva. Con posterioridad, sin embargo, no siempre se admitió la irresponsabilidad penal de los enfermos mentales. En cuerpos legales, como el de Las Partidas, inspiradas en el Derecho romano, se siguió el criterio de éste (Las Partidas recogían la tripartición de «locos», «furiosos» y «desmemoriados»). Pero en el siglo XVII, según la práctica del Parlamento de París, los jueces inferiores debían pronunciar contra el loco la pena ordinaria, reservándose el Parlamento la facultad de moderar o eximir la pena en apelación.[11]

19 La **solución actual** de eximir la pena al enfermo mental y someterlo a medidas de seguridad, acogida en nuestro Código penal como en la mayoría de legislaciones de nuestro ámbito de cultura, refleja un **compromiso entre el Derecho penal clásico del siglo XIX y la Escuela Positiva**. La Escuela clásica, que no había teorizado la introducción de medidas de seguridad, basó la irresponsabilidad penal del enajenado en la ausencia en él de una voluntad libre. La Escuela Positiva se opuso a la distinción que ello suponía entre sujetos imputables responsables y sujetos inimputables no responsables. Al prescindir del concepto de pena y sustituirlo por el de medida de seguridad, pudo también reemplazar el presupuesto de la culpabilidad por el de la peligrosidad del sujeto, y desde este punto de vista los enfermos mentales no aparecían como menos peligrosos que los demás, sino al contrario. *Todos* ellos debían, pues,

11. Vid. sobre esta evolución Antón, PG, p. 291.

poder quedar sometidos a medidas de seguridad.[12] Esta solución extrema no se impuso en las legislaciones que siguieron la vía media consistente en prever tanto penas como medidas de seguridad: penas para los imputables que cometen un delito y medidas para los inimputables que resultan peligrosos.

20 La **problemática actual** del enfermo mental que comete un hecho antijurídico gira en torno a los siguientes aspectos: a) por una parte, la crisis del propio concepto de enfermedad mental y de sus límites con la normalidad; ello se traduce en un **replanteamiento**, en principio **ampliatorio**, del ámbito de la exención por anomalías psíquicas; b) por otra parte, la necesidad de **reducir las medidas de internamiento** a los casos imprescindibles y a una duración en principio muy limitada que evite encierros a perpetuidad, al mismo tiempo que conviene acudir a *otras medidas* que no impliquen internamiento.

21 B) Tres son las clases de fórmulas que suelen manejarse para regular la exención de responsabilidad penal por anomalías psiquiátricas: las fórmulas *biológicas o psiquiátricas*, las fórmulas *psicológicas* y las fórmulas *mixtas* biológico-psicológicas. Las fórmulas biológicas o psiquiátricas se limitan a requerir una enfermedad o anormalidad mental del sujeto. Las fórmulas psicológicas se refieren sólo al efecto de inimputabilidad en el momento del hecho, sin exigir una anomalía psíquica del sujeto. Por último, las fórmulas mixtas biológico-psicológicas requieren ambas cosas: una base «biológica» constituida por la anormalidad del sujeto y el concreto efecto de inimputabilidad en el hecho.[13] Mientras que el CP anterior empleaba una fórmula biológica (el art. 8, 1º del CP anterior se limitaba a referirse a «el enajenado»)[14], **el actual CP ha preferido una fórmula mixta** (así SSTS 218/2003 de 18 febr., 490/2003 de 7 abr., 1172/2003 de 22 set., 1257/2003 de 25 set., 1363/2003 de 22 oct., 696/2004 de 27 mayo, 937/2004 de 19 jul., 649/2005 de 23 mayo, 1377/2005 de 22 nov., 1511/2005 de 27 dic., 1515/2005 de 13 dic. y 415/2006 de 18 abr.). El actual art. 20, 1º exige, por una parte, alguna «anomalía o alteración psíquica» y, por otra, que «al tiempo de cometer la infracción penal» la misma impida «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Cuando la «anomalía o alteración psíquica» no es transitoria (estos son los casos que ahora nos importa examinar), supone alguna anormalidad o patología del sujeto. La

12. Cfr. Antón, PG, pp. 291 s., donde señala cómo la distinción entre las concepciones teóricas de la Escuela Clásica y de la Escuela Positiva se acortaba en la práctica, puesto que las legislaciones clásicas conocían ya el internamiento del enfermo mental en establecimientos específicos y los positivistas diferenciaban claramente el contenido de las medidas para imputables e inimputables.

13. Cfr. Torío López, Homenaje a Pérez-Vitoria II, pp. 973 ss.; Díaz Palos, Imputabilidad, pp. 167 ss.

14. Esta era la interpretación dominante. Sin embargo, la jurisprudencia exigía que *además* de la enajenación concurriese el efecto psicológico de inimputabilidad en el hecho concreto. Ello dio lugar en la práctica a una fórmula mixta biológico-psicológica. Cfr. en este sentido: SSTS 20 oct. 87, 21 oct. 88, 28 nov. 90; Rodríguez Devesa, PG, p. 573; Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 206 ss.; Díaz Palos, Imputabilidad, p. 244; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 584. Cfr. p. ej. Antón Oneca, PG, p. 293.

segunda parte de la fórmula exige el efecto psicológico de inimputabilidad (cfr. STS 21 feb. 2002).

22 El *Code penal* francés de 1810, que aludió a la «demencia», sirvió de ejemplo a los Códigos que, como los españoles, partieron de un método biológico. El Código penal español de 1848 declaraba exento de responsabilidad penal al «*loco o demente*, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón». El Código de 1870 se refirió a «*el imbécil o el loco*», manteniendo la salvedad de los intervalos lúcidos. Fue con el Código de 1932 cuando se pasó al término actual de «enajenado» y se prescindió de la alusión a los intervalos lúcidos. La fórmula de 1932 se mantuvo en el Código de 1944 hasta su sustitución en 1995.

23 El método mixto biológico-psicológico es el adoptado por el *Codice penale* italiano de 1930 y por los Códigos alemanes. Así, el § 20 del StGB de 1975 dice: «Actúa sin culpabilidad el que al cometer el hecho es incapaz de comprender lo ilícito del mismo o de obrar conforme a este entendimiento, a causa de una perturbación psíquica morbosa, de un trastorno profundo de la consciencia, de oligofrenia o de alguna otra anomalía psíquica grave». Entre nuestros Códigos sólo siguió este método mixto el de 1928, que declaraba irresponsable al que se hallare en estado de perturbación o debilidad mental de origen patológico, que le prive necesariamente y por completo de la aptitud para comprender la injusticia de sus actos, o de su voluntad para obrar de acuerdo con ella.[15]

2. *Análisis de la eximente*

A) *El presupuesto psiquiátrico: la «anomalía o alteración psíquica» no transitoria*

24 *a)* Literalmente, el término «enajenado» que empleaba el art. 8, 1º del anterior CP alcanzaba sólo al «alienado», al que deja de ser uno mismo o, como decía López Ibor, a «aquél cuyos actos resultan ajenos, extraños» a su propia personalidad. Ello podía resultar adecuado para expresar las **enfermedades mentales** en sentido estricto, es decir, las *psicosis*, pero no cuadraba en absoluto a las **oligofrenias**, que se caracterizan por suponer sólo un grado de inteligencia inferior al normal. El oligofrénico no se halla fuera de sí («enajenado»), sino que desgraciadamente no puede salir de sí mismo. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitió unánimemente que las oligofrenias profundas merecían la exención de responsabilidad penal y las incluyó en el término «enajenado» del anterior art. 8, 1º. Esta solución era justa, pero suponía en realidad una interpretación *correctiva* que iba más allá del sentido literal posible de aquel precepto. Es de aplaudir que el actual art. 20, 1º incluya la expresión «anomalía...psíquica» junto a la de «alteración psíquica». Caben ahora perfectamente en la eximente tanto enfermedades mentales u otras perturbaciones

15. También ha establecido un sistema mixto el CP colombiano de 1980. Cfr. Agudelo Betancur, Los inimputables, pp. 71 ss.

psíquicas graves (son «alteraciones psíquicas»), como las oligofrenias profundas (son «anomalías... psíquicas»).

25 *b)* Antes de entrar a debatir estas cuestiones, conviene introducir muy someramente los **conceptos psiquiátricos** mencionados y otros también relevantes aquí. Tradicionalmente se distinguen cuatro categorías psiquiátricas fundamentales: las psicosis, las oligofrenias, las psicopatías y las neurosis.[16]

26 aa) Las **psicosis** son las propias «enfermedades mentales», caracterizadas por dos elementos: a) una *base somática*, que se ha demostrado heredable; b) una *transformación* morbosa no transitoria de las leyes psíquicas, que en sus fases agudas suponen una pérdida de contacto objetivo con la realidad (alucinaciones, delirio, autismo, etc.). Suponen, pues, una perturbación *cualitativa* de la normalidad psíquica que se reputa de base somática. Esta base somática se ha comprobado en las psicosis *exógenas*, pero en las *endógenas* sólo puede considerarse una hipótesis aún no claramente comprobada, pues se supone que se basan en alteraciones bioquímicas no relacionadas con alteraciones lesionales observables.[17] Estas **psicosis endógenas**, cuyas causas se consideran, al menos en parte, originadas en el propio organismo del enfermo, son las más importantes, y entre ellas cabe enumerar las siguientes:

27 1º) La **esquizofrenia**. Conlleva una escisión o disgregación de la vida psíquica (en griego *esquizos* significa escisión y *phren* inteligencia), con graves trastornos en la asociación del pensamiento, de la afectividad, del contacto del «yo» con la realidad y consigo mismo, y de la percepción sensorial, como síntomas primarios.[18]

28 2º) La **paranoia**. Da lugar al desarrollo insidioso de un *delirio* sistematizado, crónico, inmutable, de evolución lenta, producido por causas endógenas y acompañado de perfecta lucidez (Kraepelin). Puede manifestarse en forma de delirios de grandeza, delirios de interpretación, de celos, eróticos, místicos, hipocondríacos, u otras *monomanías* (nombre con que también se designa a veces la enfermedad) que no afectan a la normalidad del resto de la vida psíquica.[19]

29 3º) El **trastorno bipolar** (anteriormente denominado *psicosis maníaco-depresiva*). Es una enfermedad del estado de *ánimo* que, sin afectar a la capacidad intelectual, determina, de forma periódica y generalmente sin motivo

16. En la actualidad ofrecen otras clasificaciones la CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud y el DSM-IV-TR de la Asociación Psiquiátrica Americana.

17. Cfr. Ortega-Monasterio, en A.A.V.V., Jornadas, p. 16.

18. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría, I, pp. 244 ss., 250 ss.; Castilla del Pino, Introducción, II, pp. 225 ss.

19. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría, I, pp. 284 ss.; Castilla del Pino, Introducción, II, pp. 161 ss.; Valenciano Gaya, en Alberca y otros, op. cit., pp. 90 ss.

externo alguno, oscilaciones entre fases de profunda depresión o tristeza y de exaltada euforia (esto último se llama psiquiátricamente «*manía*»), entre las cuales se producen períodos de remisión con apariencia de normalidad absoluta.[20]

4º) Las **epilepsias**. Se caracterizan por la producción de ataques convulsivos con pérdida del conocimiento («*gran mal*») u otras manifestaciones menores como ataques incompletos, ausencias mentales momentáneas, «estados crepusculares» en que el sujeto realiza una serie de actos de forma inconsciente y sin que luego pueda recordar en absoluto, etc. («*pequeño mal*»).[21] **30**

Las **psicosis exógenas** se deben a factores externos que afectan al cerebro, bien sean intoxicaciones alcohólicas o por otras drogas (las llamadas **toxifrenias**, entre las que debe mencionarse la **embriaguez patológica**), bien sean determinadas enfermedades como infecciones, traumatismos o arteriosclerosis. Éste es el caso de las **psicosis traumáticas**, de las **psicosis sifilíticas** y de las **psicosis sintomáticas**. También se incluyen entre las psicosis exógenas las producidas por una involución debida a la edad (**psicosis y demencias seniles y preseniles**).[22] **31**

bb) Las **oligofrenias** no suponen en sí mismas, a diferencia de las psicosis, una alteración cualitativa de la vida psíquica, sino una insuficiencia *cuantitativa* del grado de inteligencia (en griego *oligos* significa «poco» y *phren* «inteligencia»). También la **demencia** supone un déficit intelectual, pero, mientras que las oligofrenias se deben a la *detención* del desarrollo del cerebro congénita o adquirida en los primeros años de la vida, la demencia es el resultado de una *pérdida* de facultades en un cerebro ya desarrollado.[23] **32**

Según el grado de atraso intelectual, clásicamente se han venido distinguiendo tres **clases de oligofrenia**, que de menor a mayor son las siguientes: la **debilidad mental**, la **imbecilidad** y la **idiocia**. Si la normalidad se establece entre 90 y 110, siendo 100 la cifra media ideal, la debilidad mental comprenderá los casos de coeficiente intelectual comprendido entre 50 y 80 (de 80 a 90 habla Terman de una zona lindante poco segura de «torpeza intelectual»), la imbecilidad los que se hallan entre 25 y 50, y la idiocia los inferiores a 25 (SSTS 1838/1999 de 27 abr. 2000 y 1540/2001 de 24 oct.). La STS 11 mayo 92 describe estos tres niveles de forma algo distinta, distinguiendo —con terminología preferible por sus menores connotaciones peyorativas— entre la **oligofrenia profunda**, con menos de 40 de coeficiente intelectual, la **oligofrenia media**, con **33**

20. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría I, pp. 313 ss.; Castilla del Pino, Introducc., II, pp. 126 ss.
21. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría, I, pp. 343 ss.; Castilla del Pino, Introducc., I, pp. 370 ss.
22. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría, I, pp. 379 ss.
23. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría, I, pp. 122.

un coeficiente de 40 a 60 y la **oligofrenia leve**, situada entre 60 y 80.[24] Según Binet y Simon, el débil mental sufre un retraso de dos o tres años, el imbécil no puede llegar a comunicarse activa ni pasivamente por escrito y el idiota no es siquiera capaz de hablar o entender el lenguaje hablado. En términos de «edad mental», el débil mental podría considerarse de una edad de 11 años, el imbécil de hasta 7 años y medio, y el idiota de hasta 3 años y medio.[25]

34 cc) Las **psicopatías** son anormalidades *del carácter* de naturaleza constitucional y heredada, que no constituyen psicosis ni oligofrenias. Los psicópatas son personalidades anormales.[26] Su anormalidad se caracteriza por un desequilibrio cuantitativo entre las distintas componentes de la personalidad (instintos, sentimientos, inteligencia, voluntad, etc.), lo que la lleva a reaccionar de forma desproporcionada ante ciertos estímulos. Mientras que en los oligofrénicos concurre un déficit de inteligencia, la anormalidad que diferencia al psicópata se refiere a su carácter, a su modo de ser. Tampoco los oligofrénicos son «enfermos» en sentido estricto, pero su anormalidad consiste en un déficit de inteligencia, mientras que la anormalidad que diferencia al psicópata se refiere a su carácter, a su modo de ser, a lo que se llama la personalidad en sentido estricto. Pero, también es posible que existan personalidades «anormales» porque rebasen positivamente el término medio de los hombres, y sin embargo no reciben el nombre de psicópatas. Para expresar que la anormalidad del psicópata ha de ser negativa Schneider definió las personalidades psicopáticas como aquellas personalidades anormales que por su peculiaridad sufren o hacen sufrir a los demás y a la sociedad. Entre los psicópatas destacan por su peligrosidad los llamados «*locos morales*» *(moral insanity)*, o, también, «*desalmados*». No sienten los frenos morales que poseen los hombres normales, lo que puede hacerlos capaces de los mayores crímenes sin que sientan remordimientos. Entrarían en este grupo algunos de los criminales famosos.[27] No siendo una enfermedad la psicopatía sino un modo de ser, no tiene curación y, si a ello se añade que no afecta a la inteligencia ni a la normalidad de la voluntad, sino sólo a la afectividad, se comprenderá que sea la anomalía que presenta los problemas jurídico-penales tal vez más graves.

---

24. Este planteamiento se aproxima más al que efectúa la American Psychiatric Association, en el llamado DSM-3-R, una de las clasificaciones más admitidas internacionalmente. Distingue cuatro grados en la oligofrenia: leve (CI 50-55 a 70), moderado (CI 35-40 a 50-55), grave (CI 20-25 a 35-40) y profundo (CI de menos de 20-25). Cfr. Ortega-Monasterio, A.A.V.V., Jornadas, pp. 21 s. Las SSTS 2 jul. 97, 13 dic. 94, 21 feb. 2002 sitúan en el 70% de coeficiente de inteligencia la frontera entre la debilidad mental y la simple torpeza mental.

25. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría, I, pp. 196 ss.

26. Tradicionalmente, las psicopatías no se consideraban verdaderas enfermedades. Sin embargo, la Novena Revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales elaborada por la OMS considera a las psicopatías como verdaderas enfermedades mentales. Ver STS 20 feb. 98.

27. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría, II, pp. 569 ss., en especial, pp. 572 ss.

dd) Por último, las **neurosis** constituyen reacciones psíquicas anormales frente a una determinada situación, que se manifiestan principalmente en forma de angustia, depresión o mecanismos de defensa contra ambos, pero que pueden llegar a generar impulsos irresistibles.[28] Tradicionalmente se ha venido entendiendo que se derivan directamente de una *causa psíquica no somática* (por eso se llaman también «reacciones psicógenas»). Quiere decirse con ello que tales manifestaciones anormales no tienen fundamentalmente carácter orgánico sino funcional, a diferencia de lo que ocurre (o se supone que ocurre) en las psicosis o propias enfermedades mentales. Serían ciertas situaciones de la vida de la persona las que desencadenarían en ella la reacción anormal, y podrían igualmente desaparecer por vía psicológica (así, mediante psicoanálisis) sin dejar rastro alguno. Es igualmente característico de las neurosis el hecho de que las reacciones psicológicas anormales que suponen siguen siendo *comprensibles* para el hombre normal. Ello puede expresarse diciendo que su anormalidad es *cuantitativa*, esto es, determinada por un grado o intensidad de procesos que en menor medida se dan en toda persona (a diferencia de lo que sucedería con las psicosis, que podrían caracterizarse como trastornos *cualitativos*).[29] **35**

Ejemplo de reacción psicógena aguda: tras sufrir un accidente con un coche en el que viajaba con su madre y salir despedida e intentar en vano y desesperadamente sacar a aquélla del vehículo en llamas en que había quedado aprisionada, una muchacha sube a un montón de grava cercano, suelta una carcajada, sufre un ataque convulsivo y pierde luego la consciencia.[30] **36**

B) *El efecto de inimputabilidad*

Para que las anomalías y alteraciones mentales referidas en el apartado anterior eximan según el art. 20, 1º CP será preciso que «al tiempo de cometer la infracción penal» impidan al sujeto que las sufre «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». **37**

1º) Las **psicosis** pueden producir este efecto en cualquiera de sus manifestaciones, siempre que su intensidad sea *plena*. Es el caso más evidente de alteración mental grave. El TS ha estimado la eximente en toda clase de psicosis, y con especial facilidad en casos de **esquizofrenia** (así, ver SSTS 243/2005 de 25 febr., 1031/2005 de 26 sep. y 1111/2005 de 29 sep.). Cuando la enfermedad **38**

28. Cfr. Ortega-Monasterio, en A.A.V.V., Jornadas, pp. 14 s.
29. Cfr. Ortega-Monasterio, en A.A.V.V, Jornadas, p. 15.
30. Cfr. López Sáiz/Codón, Psiquiatría, II, pp. 512 ss., 530 (aquí dice el autor que el caso expuesto se lo oyó contar a Sanchís Banús). Sobre las neurosis cfr. también Castilla del Pino, Introducción, II, pp. 90 ss.

mental no perturbe plenamente las facultades mentales procede la apreciación de la **eximente incompleta** (art. 21, 1º CP). Este es también el criterio de la jurisprudencia, así, por ejemplo, SSTS 22 nov. 11, 8 mayo 44, 5 dic. 66 (esquizofrenia), 15 dic. 27, 15 nov. 69 (paranoia con delirio de persecución), 10 jun. 35 (reacción paranoide), 16 jun. 61 (psicosis depresiva con matiz paranoico).[31]

39 El **trastorno bipolar** y, sobre todo, las **epilepsias** plantean en especial el problema de los llamados **intervalos lúcidos**, puesto que estas enfermedades mentales se caracterizan por la alternancia de fases agudas de plena perturbación con la de períodos de una lucidez más o menos plena. No cabe duda de que si los accesos agudos son plenos (así, los ataques comiciales convulsivos en la epilepsia), procede la eximente. Pero se plantea la duda de qué tratamiento merecen los hechos cometidos fuera de las crisis agudas. *El TS suele denegar la exención* en estos casos:

40 Así la STS 27 abr. 77. La STS 15 mayo 42 afirmó que «la epilepsia y los ataques se caracterizan por la forma fugaz e inesperada de aparición, y sólo será estimable como eximente cuando en el momento de cometerse un delito se halle su autor bajo el influjo directo o inmediato de un acceso epiléptico". La STS 25 nov. 67 sentó la doctrina según la cual estarían normalmente exentos los actos realizados sufriendo los ataques convulsivos, los efectuados en los momentos anteriores a dichos accesos (en la llamada «aura epiléptica») y en los «estados crepusculares post-epilépticos», mientras que en los intervalos lúcidos habrá que ver en cada caso si procede la exención total o parcial. En cambio, las SSTS 27 marzo 89 y 24 marzo 92 efectúan un planteamiento más restrictivo, limitando la admisión de inimputabilidad al momento del ataque epiléptico y reservando la eximente incompleta para las fases de aura epiléptica y de estados crepusculares.

41 Pero el problema de los «intervalos lúcidos» no sólo se plantea en estos casos, sino que puede suscitarse en muchas enfermedades mentales, sobre todo desde que la quimioterapia logra hacer remitir los síntomas más graves en muchos casos. Esto hace que el enfermo, si no una verdadera curación, sí pueda alcanzar una *relativa* normalidad. Es lo que permite afirmar hoy que en principio el internamiento de los enfermos mentales debe tener carácter temporal y durar únicamente el tiempo que tarden en desaparecer las crisis agudas —algo que habrá que tener en cuenta en orden al problema de los límites del internamiento previsto por el art. 101 CP—. Sin embargo, no cabe desconocer que la mejoría del enfermo suele depender totalmente de que siga tomando psicofármacos, por lo que tiene carácter artificial y demuestra que no obedece a una auténtica desaparición de las causas orgánicas de la enfermedad. Subsiste generalmente un fondo de anormalidad que, además de relativizar la aparente «normalidad» del sujeto, explica que suelan repetirse de vez en cuando las crisis (por ejemplo, los «brotes esquizofrénicos»). ¿Cómo saber muchas veces, en tales condiciones, si la comisión de un hecho antijurídico durante uno de tales intervalos no obedece precisamente al efecto, siquiera momentáneamente actualizado, de la anormalidad latente en el enfermo? Las dificultades prácticas que plantea esta cuestión se hacen con frecuencia insalvables por el hecho de que el sujeto es examinado por el perito en un momento bastante posterior al de realización del delito, momento en que puede ser imposible decidir

31. Sobre la paranoia cfr. además, en el mismo sentido, SSTS 22 en. 86, 20 oct. 87, 8 jun. 88.

acerca de la imputabilidad concurrente al tiempo de los hechos. Importa, por lo demás, no olvidar la idea de unidad de la personalidad, que impide separar con total nitidez unas fases de otras. En la psiquiatría actual el concepto de «intervalo lúcido» se halla abandonado totalmente.[32]

42 2º) Aunque la **oligofrenia** no constituye una verdadera «enfermedad», ni tampoco una «alteración psíquica», sino una característica constitucional del sujeto, es evidente que constituye una «anomalía... psíquica» del mismo. Produce, según la opinión dominante el efecto de inimputabilidad cuando se da en sus **manifestaciones profundas** (las llamadas tradicionalmente —con una terminología que hoy tiende a revisarse por sus connotaciones peyorativas— «imbecilidad» o «idiocia») (SSTS 785/2002 de 25 abr., 609/2003 de 5 mayo y 1172/2003 de 22 sep.).[33]

43 Ello se basa en el origen histórico de la actual fórmula legal, que data de 1932. En el CP de 1870 se aludía al «imbécil» y al «loco». Si en 1932 el psiquiatra Sanchís Banús propuso sustituir esta doble referencia por la de «enajenado», no fue para excluir las oligofrenias, sino para *ampliar* el alcance de la exención, dando cabida a las formas de oligofrenia distintas a la imbecilidad (las de idiocia). El término «enajenado» pareció ser suficientemente amplio —en sentido amplio lo usaba ya Silvela— y carecer al propio tiempo de valor técnico específico tanto en Psiquiatría como en Derecho penal.[34] No obstante, no es exacto que la palabra «enajenado» abarque en su uso común al oligofrénico. En este sentido es preferible la actual fórmula del art. 20, 1º CP.[35]

44 Cuando la oligofrenia no tenga carácter profundo, pero constituya una clara **«debilidad mental»** no eximirá, pero deberá motivar la estimación de la **eximente incompleta** del art. 21, 1º (STS 1132/2004 de 13 oct.), o, por lo menos, en sus manifestaciones más leves, una **atenuante analógica** ordinaria (art. 21, 6ª) (SSTS 1848/2002 de 28 mar. 2003, 1309/2003 de 3 oct., 415/2006 de 18 abr. y 840/2006 de 20 jul.). La mera **«torpeza mental»**, zona situada en la frontera de la normalidad y la propia debilidad mental, no se admite ni siquiera como atenuante (SSTS 6 dic. 82, 22 febr. 91)[36].

---

32. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, pp. 213; López Sáiz/Codón, Psiquiatría, II, p. 827. Admite, sin embargo, la plena imputabilidad durante los intervalos «intercalares» en el trastorno bipolar la STS 20 oct. 93.

33. Ello da lugar al llamado «concepto bipolar de enfermedad mental» que los juristas manejan en contra de los principios psiquiátricos, pero que acaba siendo utilizado también por los propios psiquiatras legistas: cfr. Rodríguez Devesa, Concepto bipolar, p. 530, y PG, pp. 572 ss.

34. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 573; Antón, PG, p. 294; Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 213.

35. Cfr. ya Mir Puig, RFDUC, 1980, p. 51.

36. En sentido similar STS 22 en. 87, 11 jul. 88. Más restrictiva la STS 11 mayo 92, que limita la eximente incompleta a los casos de coeficiente intelectual entre 40 y 60, y deja para las oligofrenias leves, entre 60 y 80, una atenuante analógica. En cambio, otras SSTS señalan una tendencia ampliatoria de la eximente incompleta y la estiman en casos de coeficiente intelectual entre 65 y 70: SSTS 10 abr. 90, 20 jun. 91. Estiman simple torpeza mental a partir del 70% de coeficiente intelectual las SSTS 2 jul. 93, 13 dic. 94 y 21 febr. 2002.

45 3º) Las **psicopatías** plantean las mayores dificultades en cuanto a su valoración jurídica. El **TS rechaza para ellas la exención plena** de responsabilidad penal (SSTS 696/2004 de 27 mayo y 423/2007 de 23 mayo), pero admite **a veces la eximente incompleta** (SSTS 9 nov. 35, 6 oct. 36, 21 en. 43, 23 marzo 47 —«personalidad ligeramente psicopática»—, 1 jun. 62, 22 dic. 64, 8 marzo 75 —«personalidad psicópata grave»—, 6 dic. 82; vid. también SSTS 831/2001 de 14 mayo, 1654/2002 de 3 oct., 879/2005 de 4 jul. y 535/2006 de 3 mayo). **Con frecuencia ha negado, sin embargo, que lleguen siquiera a atenuar la responsabilidad (**24 nov. 52, 10 abr. 57, 23 mayo 57, 28 en. 58, 18 mayo 59, 10 marzo 64, 25 mayo 64, 10 jun. 68, 25 mayo 70, 30 junio 70, 20 en. 76, 21 oct. 78, 15 marzo 79, 12 nov. 79, 24 sept. 80). Ello se acostumbra a fundamentar en el hecho de que concurre en el sujeto la suficiente inteligencia y voluntad. Las dificultades de admitir la eficacia de las psicopatías se deriva de que éstas inciden específicamente en la *afectividad*, no en la lucidez mental.[37] Pero no cabe duda de que la anormalidad en la afectividad ha de condicionar una formación anormal de la voluntad, puesto que ésta depende del estado de ánimo y de la total personalidad del sujeto. Es cierto que el término «enajenado» antes empleado por la ley no resultaba apropiado para cobijar las psicopatías, porque ni el psicópata es propiamente un enfermo ni se halla «fuera de sí», ni sus actos parecen ajenos a su propia personalidad, sino que por el contrario éstos resultan perfectamente adecuados a su personalidad originaria. El término «anomalía» que ahora usa el art. 20, 1º CP sí alcanza claramente a las psicopatías[38], pero hará falta además que determinen en el sujeto el efecto de impedirle «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». La comprensión de la ilicitud no resulta afectada por la psicopatía, pero es más dudoso que pueda afirmarse que el psicópata posee la misma capacidad de *autocontrol* que posee la persona normal.

46 La STS 6 dic. 82 resumió la doctrina jurisprudencial sobre las psicopatías diciendo: «Normalmente se estima que por no afectar a la inteligencia y la voluntad (base de la imputabilidad) son intrascendentes a efectos penales. No obstante, cuando los comportamientos psicopáticos tienen manifestaciones graves, concurren con debilidad mental, neurosis y otros trastornos cerebrales, de modo que la asociación de unas y otras deficiencias psíquicas

37. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 214. Recientemente, sin embargo, cabe advertir una tendencia a admitir la posibilidad de exención completa (plena inimputabilidad) para los psicópatas (así STS 1511/2005 de 27 dic.). Muy significativa en esta línea: STS 22 jul. 88, recogiendo extensamente las etapas de la evolución jurisprudencial. También STS 9 dic, 88.

38. El art. 8, 1º de la Propuesta Alternativa de PG del PC-PSUC hablaba de «anormalidad...psíquica grave». Cfr. Mir Puig, RFDUC 1980, p. 51. A favor de tomar en cuenta en sentido eximente las psicopatías graves Torío, Homenaje a Pérez-Vitoria II, p. 978, acogiendo la postura favorable de Alberca Lorente, op. cit., p. 46; Quintero Olivares, Introducción, p. 203. Tras señalar el dilema insuperable que suscitan las psicopatías entre culpabilidad y prevención, Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 589, se inclinan por entender que en un Estado de Derecho el límite de la culpabilidad debe primar, determinando «cuando menos, una atenuación».

afecten a la inteligencia o la voluntad, pueden repercutir en la moderación de la imputabilidad, por la vía de las eximentes incompletas del art. 9, 1 o de las atenuantes por analogía del mismo art. 10».[39] Ver también STS 15 dic. 87.

47 4º) Las **neurosis** se han solido *excluir del ámbito de la enajenación* del anterior art. 8, 1º (STS 2 jun. 80), pero han motivado la apreciación de un **trastorno mental transitorio** de carácter *eximente* (actual art. 20, 1º, segundo párrafo). En este sentido se manifiesta el TS en casos de neurosis obsesivas e impulsivas que determinan en el agente un impulso u obsesión irresistibles (así, por ejemplo, en la STS 23 en. 46, en que se absuelve a una mujer que arrojó a sus tres hijos al río Guadalquivir y a continuación se lanzó ella misma al agua; cfr. también la STS 10 marzo 47). Cabe también la **eximente incompleta** (así, STS 29 oct. 60, 6 jul. 81).

48 Puesto que la imputabilidad debe faltar **al tiempo del delito**, habrá que estimar la eximente aunque la enajenación remita *después* del hecho y el sujeto ya no la sufra en el momento del juicio.

3. *Las medidas de seguridad previstas*

49 La exención de *pena* prevista por el nº 1 del art. 20 no supone la ausencia de **medidas de seguridad**. El **art. 101 CP** dice: «1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al nº 1º del art. 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de **internamiento** para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.— 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.» El art. 96, 3 CP prevé diversas **medidas no privativas de libertad**:

50 «1ª La inhabilitación profesional. — 2ª La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. — 3ª La libertad vigilada. — 4ª La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe

39. Aunque en el caso concreto la sentencia rechazó estas posibilidades en un sujeto drogadicto bajo síndrome de abstinencia, refiriéndose en parte a «exigencias de política criminal, la jurisprudencia posterior del TS consideró que la drogodependencia constituye una patología psíquica que puede merecer una atenuación (eximente incompleta de enajenación o atenuante analógica), sin descartar que en casos extremos pudiera conducir a la exención completa: cfr. Joshi, La Ley, 11 marzo 94, p. 1. Ello se recogió en el art. 20, 2º y 21, 2ª CP vigente de 1995.

y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. — 5ª La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. — 6ª La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.»

51 El art. 105 CP permite disponer al Juez o Tribunal «[e]n los casos previstos en este artículo (…) que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad».

52 De suma importancia es también el **procedimiento** que debe seguir la imposición de estas medidas. Cuando, por razón de la enajenación, se decreta el sobreseimiento libre, no cabe al supuesto enajenado defender su inocencia en el juicio oral, lo que supone una grave merma de sus garantías. En el Procedimiento Abreviado se establece la necesidad de continuar el juicio hasta la sentencia (art. 790 LECr). Esta disposición debería aplicarse por analogía, pues sería absurdo que el imputado contase con la garantía del juicio oral en los delitos menos graves y no en los más graves —aparte de que esto último puede considerarse inconstitucional.[40]

53 El CP condiciona las medidas indicadas a que el sujeto cometa una **«infracción penal»** (art. 20.1º), que constituya un «hecho previsto como **delito**» (arts. 6 y 95). No procederán las medidas si concurre otra causa de exención penal que excluya la antijuridicidad o la exigibilidad: si el hecho está *justificado* no podrá hablarse de «infracción»[41]; si concurre una *causa de inexigibilidad* (así, miedo insuperable) —que se decide con arreglo al baremo de un hombre medio: *vid. infra*, Lec. 23—, el sujeto habrá actuado en una situación en la que también el hombre normal hubiese merecido la exención. En ninguno de ambos casos habrá demostrado necesariamente[42] el inimputable haberse comportado más peligrosamente que cualquier otra persona, y formalmente no hay obstáculo para preferir la apreciación de las otras eximentes que no determinan medida de seguridad alguna.

54 En caso de que **la inimputabilidad sea parcial** y determine la aplicación de la **eximente incompleta**, no sólo procederá la rebaja correspondiente de la **pena** (facultativa en uno o dos grados: art. 68 CP), sino que también podrá el juez imponer *además* las **medidas de seguridad** previstas en los arts. 101, 102, 103 y 105 CP (así lo dispone el art. 104 CP). Téngase en cuenta que la medida de internamiento «sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito.» (art. 104).

---

40. Sobre otros aspectos del internamiento del enfermo mental cfr. SSTC 8 jun. 88, 21 en. 93. Cfr. también Del Rosal Blasco, Consecuencias, p. 262.

41. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 322 ss. Un planteamiento paralelo respecto al CP colombiano efectúa Agudelo Betancur, Los inimputables pp. 282 ss.

42. Tampoco puede excluirse que la ejecución o exculpación (como también una posible falta de acción o un error) puedan guardar relación con la enfermedad mental, en cuyo caso tendría sentido *de lege ferenda* la aplicación de medidas de seguridad: cfr. Sobre esto, Joshi, ADPCP 1989, pp. 130 ss.

55 La relación entre la pena atenuada y la medida privativa de libertad se establece con arreglo al llamado **«sistema vicarial»**, que permite descontar de la pena a cumplir el tiempo de internamiento que en su caso se imponga, el cual ha de aplicarse entonces en primer lugar (cfr. *supra*, Lec. 3, II 1). Por otra parte, tras el cumplimiento de la medida el juez puede, «si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, *suspender* el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.» (art. 99 CP).

Lección 23.
INIMPUTABILIDAD: TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, MINORÍA DE EDAD Y ALTERACIÓN DE LA PERCEPCIÓN

Bibliografía

Abel Souto, Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la LO 5/2000, en AP nº 43, nov. 2003; *Agudelo Betancur*, Los inimputables frente a las causas de justificación, Bogotá, 1982; *P. A. Albrecht*, El Derecho penal de menores, trad. Bustos, 1990; *Alcácer*, *Actio libera in causa* dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad, 2004; *Anarte*, Situación actual del Derecho de los menores. España, RP (5) 2000, pp. 164 ss.; *Beristain Ipiña*, Delincuencia de tráfico y delincuencia juvenil, RGLJ 1965; *el mismo*, Delincuencia juvenil y sociedad, en Estudios de Deusto, mayo-junio 1968, pp. 245-248; *el mismo*, Sanciones penales a los menores y a los jóvenes infractores en España, RFDUC monogr. 6 (1983), pp. 89 ss.; *Bonet Esteva*, Algunas pautas constitucionales para la reinterpretación de un Derecho penal de menores, en La Ley, 25 febr. 94, pp. 1 ss.; *De Boor*, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 1966; *Bresser*, Jugendzurechnungsfähigkeit oder Strafmüdigkeit?, ZStW 74 (1962), pp. 579 ss.; *el mismo*, Probleme bei der Schuldfähigkeits und Schuldbeurteilung, NJW 1978, pp. 1188 ss.; *Bueno Arús*, Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad "sui generis". Influencia en este punto de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, en EDJ, 2006; *Bustos*, Imputabilidad y edad penal, en Libro-Homenaje a Beristain, 1989, pp. 471 ss.; *Cantarero*, Rocío, Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores, 1988; *Carmona Salgado*, Las alteraciones en la percepción..., en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 187 ss.; *la misma*, La alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, en Poder Judicial, 1987, pp. 145 ss.; *la misma*, Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 187 ss.; *la misma*, Las medidas y su criterio de determinación en la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, I-2002, Mº Justicia, pp. 917 ss.; *la* misma, Causas de inimputabilidad: alteración de la percepción, en Estudios de Derecho Judicial, nº 110, CGPJ 2007, pp. 453 ss.; *la misma*, Algunas consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2000. La nueva Ley 8/2006 (i), en La Ley Penal, nº 45, 2008; *Castelló*, Imputabilidad penal del drogodependiente, 1997; *Cerezo*, Alteraciones en la percepción, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 143 ss.; *Cezón*, La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, 2001; *Cobos Gómez de Linares*, El art. 19 del CP: ¿entre la inimputabilidad y la abstención de penar?, en RUAM, 2012; *Coquillat*, Ley de responsabilidad penal de los menores, 2000; *Córdoba Roda*, Las reacciones vivenciales anormales ante la criminología, en Los delincuentes mentalmente anormales, 1961-62, pp. 181 ss.; *Cuello Calón*, El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil, ADPCP 1952, pp. 244 ss.; *Cuello Contreras*, El nuevo Derecho penal de menores, 2000; *el mismo*, Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad, en RECPC (12) 2010; *Cuello Contreras/Martínez-Pereda*, La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el CP de 1995: una ambigüedad insoportable, La Ley 1997-6, pp. 1582 ss.; *De*

la Cuesta Arzamendi, Le nouveau statut pénal du mineur en Espagne, en Rint. DP 2004 ; Adicciones químicas y adicciones sin drogas. Su incidencia en la responsabilidad penal, en Homenaje al Prof. G. Rodríguez Mourullo, 2005; *Díaz-Maroto/Feijoo/Pozuelo*, Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, 2008; *Diesinger*, Der Affekttäter, 1977; *Dolz*, La nueva responsabilidad penal del menor. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero), 2000; *Doval*, Las consecuencias jurídico-penales de la enajenación mental y el transtorno mental transitorio, CPC nº 39 (1989), pp. 627 ss. y nº 40 (1990), pp. 5 ss.; *Etxebarría*, Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la LO 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores..., en ICADE, nº 53 (2001), Revista de las Facultades de Derecho..., pp. 77 ss.; *Fernández Albor/Castillo Castillo/Sáinz Cantero/Barbero Santos/Rodríguez Devesa*, Delincuencia juvenil, 1973; *García Pérez*, Los actuales principios rectores del Derecho Penal Juvenil: un análisis crítico, RDPCr (3) 1999, pp. 33 ss.; *el mismo*, Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico, en RDPC, nº 3, 1999, pp. 33 ss.; *el mismo*, La posición del menor y el perjudicado en el Derecho penal de menores, en Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, I-2002, Mº Justicia., pp. 707 ss.; *el mismo*, Los actores públicos del proceso penal de menores, el inicio de éste y las vías desjudicializadoras, en *Pérez Álvarez* (ed.), Serta in memoriam A. Baratta, 2004, pp. 735 ss.; *García Valdés*, Los presos jóvenes (apuntes de la España del XIX y principios del XX), 1991; *Geilen*, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, en Festschrift für Maurach, pp. 173 ss.; *Ghersi*, Análisis económico y social del derecho: ¿bajar la imputabilidad penal a los 16 años?, RDPC, 2013; *Giménez Salinas*, Delincuencia juvenil y control social, 1981; *la misma*, La mayoría de edad penal en la reforma, en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 607 ss.; *la misma*, Características principales de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, RPJ (60) 2000, pp. 137 ss.; *Giménez-Salinas/Rifà*, Introducció al Dret penitenciari, 1992; *Gisbert Calabuig*, El trastorno mental transitorio según la legislación y la jurisprudencia española, en Folia Neuropsiquiátrica, sept. 1966; *Glatzel*, Zur forensisch-psychiatrischen Problematik der Tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, StV 1982, pp. 434 ss.; *el mismo*, Die affektabhängige Tötungshandlung als Zeitgestalt..., en Strafverteidiger 1993, pp. 220 ss.; *Gómez Pavón*, La embriaguez en el CP, CPC nº 28 (1986), pp. 37 ss.; *Gómez Recio*, La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a jóvenes mayores de 18 años, AJA (437) 2000; *Gómez Rivero*, La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000, RP (9) 2002, pp. 3 ss.; *González Cussac / Cuerda Arnau* (coord.), Estudios sobre la responsabilidad penal del menor, Publicacions Universitat Jaume I, 2006; *González-Rivero*, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre, 2001; *la misma*, Imputación jurídico-penal en estado de defecto, en LH al Prof. E. Bacigalupo, 2004; *González Rus*, La embriaguez..., CPC 18 (1982), pp. 441 ss.; *González Zorrilla*, Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad, en Documentación Jurídica, nº. 37/40, v. 1, pp. 161 ss.; *Grobüsch*, Die Affekttat, 1981; *Grupo de Estudios de Política Criminal*, Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores, 2003; *Heiβ*, Die Bedeutung der nicht-krankhaften Bewußtseinsstörungen und der seelischen Ausnahmezaustände..., Blau/Müller-Lackmann (ed.), Gerichtliche Psychologie, 1962, pp. 223 ss.; *Hirsch*, Alkohldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, Beiheft, ZStW 1981, pp. 2 ss.; *Homs*, Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad, 1996; *Jiménez Quintana*, El menor delincuente ante la Constitución, CPC 20 (1983), pp. 575 ss.; *Jorge Barreiro / Feijoo* (ed.), Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, 2007; *Joshi*, La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal, 1992; *la misma*, Actio libera in causa y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas, La Ley, 11 marzo 94, pp. 1 ss.; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 327 ss.; *el mismo*, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 (1987), pp. 191 ss.; *Lacruz López*, Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad, en Derecho penal juvenil, 2005; *Landrove*, Derecho penal de menores, 2001; *López Gómez*, El trastorno mental transitorio, 1945; *López Ibor*, El trastorno mental transitorio en el CP vigente, RDPub 1935, pp. 321 ss.; *López Riocerezo*, Delincuencia juvenil (2 vols.), 1963; *López Sáiz/Codón*, La base patológica como característica fundamental del «trastorno mental transitorio», ADPCP 1954; *Machado Ruíz*, Minoría de edad e imputabilidad penal, AP, 2003; *Martínez Garay*, Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad, en Carbonell Mateu/Martiney Garay (coords.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008; *Martínez González*, La minoría de edad penal, CPC 20 (1983), pp. 385 ss.; *Matallín*, La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, EPCr (XXII) 1999-2000, pp. 57 ss.; *Mende*, Die «tiefgreifende Bewußtseinsstörung» in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik, en Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 311 ss.; *Morales*, La

alteración en la percepción..., CPC nº 40 (1990), pp. 71 ss.; *Muñoz Sánchez*, Responsabilidad penal del drogodependiente, en RECPC (16) 2014; *Navarrete Uría*, El problema penal y criminológico de las neurosis, en Los delincuentes mentalmente anormales, 1961-62, pp. 459 ss.; *Neumann*, Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa, en Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 581 ss.; *Ornosa*, Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, 2001; *Pantoja García*, Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de Responsabilidad Penal de los menores, en AFDUAM, 2011; *Pérez-Vitoria*, El «trastorno mental transitorio» como causa de inimputabilidad en el CP español, ADCPC 1952, pp. 26 ss.; *el mismo*, La minoría penal, 1940; *Polaino Lorente/Polaino Navarrete*, Comentarios médico-psiquiátrico y jurídico-penales a la legislación española vigente sobre toxicomanías, en REP 199 (1972), pp. 523 ss.; *Polaino Navarrete*, Minoría de edad penal, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 163 ss.; *Polo/Huélamo*, La nueva Ley Penal del Menor, 2ªed., 2001; *Pozuelo Pérez*, Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente, en InDret, 2/2015; *Quintero/Muñoz Conde*, La reforma penal de 1983, 1983; *Rasch*, Die psychologische-psychiatrische Beurteilung von Affektdelikten, NJW 1980, pp. 1309 ss.; *Rasch*, Zweifelhafte Kriteriologien für die Beurteilung der tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, NJW 1993, pp. 757 ss.; *Rath*, Zur actio libera in causa bei Schuldunfähigkeit, JuS 1995, pp. 405 ss.; *Rechea/Garbenet/Montañés/Arroyo*, La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes, 1995; *los mismos*, Adolescencia: ¿un sarampión?, Delincuencia juvenil en Castilla-La Mancha, 1995; *Román Piña-Fuster*, Embriaguez, alcoholismo y Derecho penal, 2000; *Del Rosal Blasco*, Problemas de estado de necesidad e inimputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia de drogas, La Ley, 6 en. 1983, pp. 1 ss.; *Rudolphi*, Affekt und Schuld, en Festschrift für Henkel, 1974, pp. 199 ss.; *Ruiz Rodríguez / Navarro Guzmán* (coord.), Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial, 2004; *Salger/Mutzbauer*, Die actio libera in causa — eine rechtswidrige Rechtsfigur, NStZ 1993, pp. 561 ss.; *Sánchez García de Paz*, Minoría de edad penal y derecho penal juvenil, 1998; *la misma*, La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, AP 2000-3, pp. 699 ss.; *Sánchez Lázaro*, Respuestas jurídico-penales a la criminalidad de los menores, en RP 19 (2006), pp. 142 ss.; *Sánchez-Ostiz*, Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *el mismo*, ¿Incumbencias en Derecho penal? –Depende, en InDret, 1/2015; *Saß (ed.)*, Affektdelikte, 1993; *L. H. Schreiber*, Drogenabhängigkeit und Spielsucht im Vergleich, 1992; *Serrano Gómez*, Delincuencia juvenil, 1972; *el mismo*, La mayoría de edad penal en la PANCP, RFDUC monogr. 6 (1983), pp. 89 ss.; *Silva*, La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1º, RDCi. 1988, pp. 168 ss.; *el mismo*, La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas, La Ley 1988, t. 1, pp. 910 ss.; *el mismo*, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, 1997, pp. 159 ss.; *Tamarit*, El nuevo Derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?, RP (8) 2001, 71 ss.; *Undeutsch*, Zurechnungsfähigkeit bei Bewußtsensstörung, en Ponsold (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2ª ed., 1957, pp. 130 ss.; *De Urbano/De la Rosa*, Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor, 2001; *Urruella*, Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, 2004; *Vargas*, La LO 4/92 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de menores, ADPCP 1993, pp. 167 ss.; *Ventura/Peláez*, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia, 2000; *Vizueta Fernández*, El transtorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme: el art. 60 del Código penal, en RECPC (9) 2007; *Winterfeld*, Die Bewußtseinsstörung im Strafrecht, NJW 1975, pp. 2229 ss.; *Witter*, Affekt und Schuldunfähigkeit, MonSchrKrim 1960, pp. 20 ss.

(Ver además la bibliografía sobre *actio libera in causa* de la Lección 8)

I. El trastorno mental transitorio

Según el art. 8, 1º del anterior CP, además del «enajenado», estaba exento de responsabilidad criminal «el que se halla en situación de trastorno mental transitorio a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir». El actual art. 20, 1º CP no contiene una declaración positiva como ésta del efecto eximente del trastorno mental transitorio, pero su párrafo segundo da **1**

por supuesto que ya la expresión «anomalía o alteración psíquica» que emplea el primer párrafo abarca no sólo a síndromes duraderos, sino también a trastornos transitorios, cuando dice: *«El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión»*. En la lección anterior se estudiaron las anomalías o trastornos psíquicos duraderos; en ésta nos ocuparemos de los casos en que son meramente transitorios.

2 Por otra parte, en 1995 se incluyó, en el nº 2º del art. 20 una referencia expresa a dos supuestos antes no expresados, el primero de los cuales se había venido considerando una modalidad de trastorno mental transitorio. Según el art. 20, 2º, está exento de responsabilidad criminal «el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de *intoxicación plena* por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle *bajo la influencia de un síndrome de abstinencia*, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.» Aunque ahora se mencionan en números distintos del art. 20 la expresión «trastorno mental transitorio» (nº 1º) y las de «intoxicación plena» y «síndrome de abstinencia» (nº 2º), no hay razón material alguna para cambiar el concepto tradicional de trastorno mental transitorio y excluir del mismo a casos en que el trastorno se distingue únicamente poque la causa que lo produce es una sustancia embriagante o adictiva. Es preferible, por el contrario, que quede claro que *el efecto psíquico de inimputabilidad ha de ser en todos estos casos el mismo: una inimputabilidad transitoria.*

1. *Origen histórico*

3 La referencia del anterior art. 8, 1º CP al trastorno mental transitorio procedía del CP de 1932. Fue propuesta por el psiquiatra Sanchís Banús en sustitución de la expresión «situación de inconsciencia» que figuraba en el Proyecto, por entender que no existe una situación de inconsciencia, sino sólo grados de conciencia. La fórmula, según su autor, expresaría los casos de perturbación *transitoria* del psiquismo debidos a *causas exógenas*, a diferencia de la enajenación, que abarcaría a los trastornos duraderos y determinados por causas endógenas.[1]

4 En el mismo Código de 1932 se añadía: «Para que la embriaguez exima de responsabilidad, ha de ser plena y fortuita». Adviértase que, al introducirse en el Código de la República el trastorno mental transitorio, sus autores partieron de la base de que incluía la embriaguez. En efecto, no se dijo: «*también* eximirá la embriaguez», como hubiera sido lógico si se hubiera supuesto que la embriaguez era algo distinto a un trastorno mental transitorio, sino que se

1. Cfr. Pérez-Vitoria, ADPCP 1952, p. 28.

aludió a la embriaguez en términos tales que hacía suponer que se trataba de *limitar* para la misma los casos de exención a que hubiera conducido la fórmula del trastorno mental transitorio, requiriéndose el carácter de «plena y fortuita».

En el Código de 1944 se añadió el anterior inciso final «para delinquir», que literalmente **5**
vino a ampliar el alcance de la eximente,[2] aunque se haya dicho que fue más una aclaración que una modificación.[3] Por otra parte, se suprimió la referencia a la embriaguez, lo que desde entonces planteó la cuestión de si podía seguir eximiendo.

2. *El efecto psicológico del trastorno mental transitorio*

Para que el trastorno mental transitorio exima **ha de producir el efecto de inimputabilidad requerido para que una anomalía o alteración psíquica pueda eximir**.[4] Lo único que distingue al trastorno mental transitorio es su *duración* y su *causa*. **6**

El **efecto de inimputabilidad** requerido por el art. 20, 1º y 2º se caracteriza en estos preceptos, siguiendo a la doctrina dominante, como falta de la necesaria capacidad de *conocer* lo ilícito y de *dirigir* la propia conducta según dicho conocimiento. Según el planteamiento defendido en este texto, sería preferible decir que falta la imputabilidad cuando concurre una *plena anormalidad* de las condiciones motivacionales del sujeto, relativas a sus *facultades cognoscitivas o volitivas*. El trastorno mental transitorio ha de determinar, pues, una perturbación tal en la mente del sujeto que determine una plena anormalidad en su conocimiento de la situación o en las condiciones de su autocontrol. Si la perturbación no llega a ser «plena», pero es notable, debe apreciarse la **eximente incompleta**. Si su intensidad es menor cabe acudir a la **atenuante del art. 21, 2ª,** a la **atenuante analógica del art. 21, 7ª** o, en su caso, a la de **arrebato u obcecación (art. 21, 3ª).**[5] **7**

El problema es fijar la frontera entre la perturbación «plena» y la parcial. Antes de la introducción de la actual fórmula legal de inimputabilidad, el Tribunal Supremo exigía demasiado para la exención cuando requería una *total ausencia* de capacidad intelectual y volitiva.[6] Cuando se produzca esta ausencia total faltará no sólo la imputabilidad, sino ya la propia presencia de un comportamiento humano,[7] lo que impedirá la existencia de antijuridicidad. Lo específico de las causas que excluyen la responsabilidad penal —y entre ellas las de inimputabilidad— es que no suprimen por completo la conciencia o voluntad del sujeto, sino que **8**

2. Cfr. Pérez-Vitoria, op. cit., p. 26.
3. Cfr. Antón, PG, p. 293.
4. López Ibor, Rev. Dº Públ., 1935, p. 324, ha hecho célebre la frase según la cual el que actúa en trastorno mental transitorio «es como un enajenado que lo fuera por breve tiempo». Cfr. Pérez-Vitoria, ADPCP 1952, p. 30.
5. Cfr., con amplias referencias jurisprudenciales, Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 210 s., 221 s.
6. Cfr. p. ej., SSTS 28 dic. 64, 4 abril 68, 27 jun. 79, 5 marzo 80.
7. En este sentido Córdoba Roda, Comentarios, I, pp. 208 s.; Rodríguez Devesa, PG, pp. 561 s., 580.

determinan sólo su plena anormalidad. Este concepto ha de delimitarse inevitablemente en términos de relativismo social. Será la sociedad la que decida en cada momento histórico cuándo alguien se encuentra en una situación tal que permite afirmar que «no sabe lo que se hace» o «no es dueño de sus actos».

9 No faltaban, sin embargo, sentencias que, correctamente, admitían la eximente pese a reconocer que concurre la voluntad, y entendían que, si ésta faltara, no habría que apelar al anterior art. 8, 1º, sino al anterior art. 1 CP por falta de acción (así, por ejemplo, la STS 19 mayo 65).

10 El **momento** en que debe producirse el efecto de inimputabilidad propio del trastorno mental transitorio es el de la realización del comportamiento típico, sin perjuicio de lo que se dirá más abajo sobre la *actio libera in causa*.

3. *Elementos diferenciales respecto de las anomalías o alteraciones psíquicas duraderas*

11 El trastorno mental transitorio se concibió en su origen, como antes se vio, como una perturbación del psiquismo fundamentalmente diferenciada de la enajenación por tener **carácter transitorio** y deberse a una **causa exógena**.[8] Importa detenernos en esta segunda característica, que ha sido vivamente discutida.

12 Se entiende por «causa exógena» la que no consiste en enfermedad o característica interna propia del sujeto, a diferencia de las causas endógenas, sino de algún motivo circunstancial. Así, mientras que la enfermedad mental o la oligofrenia encontrarían una causa endógena, vinculada al sujeto, el trastorno mental transitorio se hallaría motivado por factores externos al sujeto,[9] como puede ser una situación vital de especial dificultad.

13 Es cierto que un trastorno pasajero puede proceder de una cierta *base patológica* en el sujeto que no llegue a constituir una enfermedad mental o una oligofrenia, ni otra anomalía o alteración psíquica duradera suficiente por sí misma para eximir. Si tal base patológica produce en un determinado momento una alteración transitoria de intensidad suficiente para excluir la imputabilidad, habrá que estimar un trastorno mental transitorio eximente. **No es exacto, pues, que éste *deba* obedecer *sólo* a causas exógenas.** Así se admite unánimemente por doctrina y jurisprudencia. Pero muchas sentencias del TS[10] y un sector de la

---

8. Críticamente respecto a estos criterios, Quintero Olivares, Introducción, p. 202.
9. Cfr. Pérez-Vitoria, ADPCP 1952, p. 30.
10. Así p. ej., STS 4 abril 68. Ello no obsta a que en algunas sentencias se niegue la necesidad de base patológica: así STS 17 oct. 80. Mas esta sentencia, como otras parecidas, insiste entonces en que si no concurre la anormalidad en el sujeto, debe concurrir en el motivo o en el tipo de reacción en sí mismo. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, p. 220. La finalidad fundamental de todas estas restricciones del TS parece ser la de distinguir claramente el trastorno mental de la atenuante de arrebato y obcecación, reduciendo a ésta los estados emotivos o pasionales no «anormales». Cfr. sobre esto Antón, PG, p. 299. Sin embargo, la STS 26 en. 84 admite la posibilidad de que el trastorno no provenga de estímulos poderosos

doctrina[11] han ido más lejos, hasta invertir el planteamiento y exigir que concurra siempre, como requisito necesario de la eximente de trastorno mental transitorio, la base patológica en el sujeto. ¿Es correcta esta exigencia?

14 Examinemos esta cuestión de **si es necesario el fondo patológico** en el trastorno mental transitorio. Aunque la mayoría de psiquiatras que se han ocupado del tema se inclinan por exigir dicho requisito,[12] lo cierto es que no cabe descartar la posibilidad de trastornos que produzcan el necesario efecto psicológico de inimputabilidad sin base patológica alguna. Así sucederá en los casos normales de *embriaguez* alcohólica o de ingestión de *otras drogas* que priven al sujeto de su imputabilidad. Aunque en el CP actual estos casos se prevén en un número aparte, siempre, desde la introducción en 1932 del trastorno mental transitorio, se ha considerado modalidades de éste. Existen, además, otros argumentos contrarios a exigir la base patológica en el trastorno mental transitorio.

15 *a)* En primer lugar cabe alegar el **argumento gramatical o literal**: la letra de la ley no exige en ningún momento la base patológica, sino que sólo alude al trastorno mental transitorio. Aquí el límite representado por el tenor legal es importante político-criminalmente, porque sirve de garantía de que no se amplíe el ámbito de lo punible —ámbito que se amplía en cuanto se restringe el alcance de la eximente.[13]

16 *b)* En segundo lugar, deben recordarse los **argumentos históricos** ya antes aludidos. Por una parte, el autor de la novedad del trastorno mental transitorio en el CP 1932 lo concibió como motivado por razones exógenas, bien distintas al dato endógeno del fondo patológico. Por otra parte, la embriaguez plena y fortuita parecía considerarse una modalidad de trastorno mental transitorio en el CP 1932. Me remito a las consideraciones que hice en este sentido en el nº 1 de este apartado. Ahora importa insistir en que tal origen histórico supone que el trastorno mental transitorio nació sin la exigencia de una base patológica, puesto que la embriaguez no la requiere. Es cierto, no obstante, que el CP actual separa la referencia al trastorno mental transitorio de los supuestos de intoxicación plena y síndrome de abstinencia.

17 *c)* Por último, el argumento decisivo, el **argumento dogmático y político-criminal** que se deriva del *principio de culpabilidad* (no hay pena sin culpabilidad). Admitido que es posible un trastorno mental transitorio sin base patológica que de hecho excluya la imputabilidad, contradiría de modo intolerable ese principio fundamental el negar la exención de responsabilidad penal en tales casos.[14]

---

que provoquen un arrebato u obcecación de enorme magnitud. La STS 2 en. 84 cita varias sentencias en las que se señala que se ha abandonado la exigencia de base patológica.

11. Así la mayoría de psiquiatras que se han pronunciado: Alberca, López Gómez, López Sáiz/Codón. En contra, la mayoría de los penalistas: Cuello Calón, Antón, del Rosal, Pérez-Vitoria, ADPCP 1952, pp. 35 ss. También Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 595 s. Sin embargo, entre los psiquiatras se halla en contra de la necesidad del carácter patológico López Ibor, Rev. Dº Públ. 1935, y entre los penalistas Rodríguez Devesa, PG, p. 579, defiende dicha necesidad.

12. Ver nota anterior.

13. Cfr. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 596.

14. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 219; Cobo/Vives, PG (3ª ed., 1990), p. 141. Rechazan la necesidad de un fondo patológico como subyacente al trastorno mental transitorio SSTS 18 nov. 86 (con amplia cita de sentencias de los años setenta y ochenta), 22 oct. 87 y 5 abr. 88.

4. *La no provocación del delito*

18 El segundo párrafo del art. 20, 1º CP menciona el trastorno mental transitorio precisamente para condicionar su eficacia eximente a **que no «hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión»**.

19 Esta fórmula ha venido a mejorar la usada por el art. 8, 1º del anterior CP («a no ser que haya sido buscado de propósito para delinquir»).

20 Se precisa que no basta, para excluir la exención, que se haya provocado el trastorno para cometer cualquier delito, sino que se haya provocado para cometer *el hecho concretamente realizado* —como ya exigía antes la doctrina y la jurisprudencia—.[15]

21 Por otra parte, ahora se satisfacen las exigencias de la doctrina de la *actio libera in causa* al incluir en la excepción no sólo los casos de provocación intencional, sino también los de provocación imprudente. Pero cuando la provocación sea sólo imprudente la exclusión de la exención no ha de dejar en pie la pena del delito doloso que acabe por cometerse, sino sólo la responsabilidad por el delito imprudente que en su caso la ley castigue expresamente.

5. *La intoxicación por alcohol u otras drogas*

22 A) **El actual art. 20, 2º CP** ha venido a prever expresamente lo que desde 1932 se venía considerando una modalidad del trastorno mental transitorio por la doctrina dominante, aunque no se mencionase entre las eximentes en el CP anterior: la embriaguez plena. Se añade, además, la referencia a intoxicaciones producidas por otras drogas. La segunda parte del nuevo número introduce un supuesto algo distinto: la actuación bajo el síndrome de abstinencia. Dejamos para después este otro caso.

23 B) La doctrina maneja ciertas distinciones a propósito de la embriaguez alcohólica que conviene tener en cuenta. En buena medida pueden extenderse también a los casos de intoxicación por otras drogas, que en un sentido amplio pueden incluirse en el concepto de «embriaguez». A continuación utilizaré esta palabra en este sentido amplio.

24 a) Por su intensidad o grado, la embriaguez puede ser **letárgica**, **plena**, **semiplena** o productora de **simple excitación**. La embriaguez *letárgica* constituye el

15. Así Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 221; Antón Oneca, PG p. 302; Ferrer Sama, Comentarios, I, pp. 146 ss.; Cobo/Vives, PG (3ª ed., 1990), p. 141. También así algunas sentencias del TS.

grado máximo y da lugar a un estado de inconsciencia o sueño que excluye la propia presencia de un comportamiento humano voluntario. La embriaguez *plena* produce una perturbación total de la conciencia que excluye la imputabilidad, mientras que la *semiplena* supone una perturbación parcial que disminuye la imputabilidad. Por último, la *simple excitación* se considera irrelevante a efectos penales.

25 b) Por su origen, se habla de embriaguez **preordenada** al delito, embriaguez **voluntaria simple**, **culposa** y **fortuita**. La embriaguez *preordenada* a delinquir es la que se provoca para cometer un delito determinado —por ejemplo, para infundirse el valor necesario para realizarlo—. Las demás clases de embriaguez mencionadas se definen con relación al carácter voluntario, imprudente o fortuito de la embriaguez —no del delito—. Así, la embriaguez *voluntaria* supone sólo que la embriaguez se ha buscado voluntariamente, y la embriaguez *culposa* es la que se produce imprudentemente, a diferencia de lo que sucede con la embriaguez *fortuita*, la cual no es atribuible a imprudencia alguna —así puede suceder en el caso de embriaguez patológica, en que por efecto de una anomalía en el sujeto una pequeña dosis de alcohol produce la embriaguez—.

26 Conviene evitar el equívoco consistente en pensar que el delito cometido bajo el efecto de una embriaguez voluntaria simple ha sido provocado voluntariamente (dolosamente), o que la embriaguez culposa supone que el delito que se comete en este estado haya podido preverse y deba atribuirse a imprudencia. La embriaguez voluntaria (no preordenada) puede dar lugar a un hecho no sólo no querido previamente, sino ni tan siquiera previsto o previsible; y, del mismo modo la embriaguez culposa también puede motivar un hecho imprevisible. En suma: **que el sujeto se haya embriagado voluntariamente o por imprudencia no significa que, si delinque en tal estado, haya querido el hecho ni que éste fuera previsible**, pues puede quererse o preverse la embriaguez sin quererse ni ser previsible que vaya a producir la lesión de un bien jurídico.

27 *C)* Existe acuerdo en la doctrina en considerar que la embriaguez letárgica y la plena, si son fortuitas, han de eximir, por falta de un comportamiento humano (letárgico) o por falta de imputabilidad (plena). También se admite generalmente que la embriaguez preordenada a delinquir, cualquiera que sea su intensidad, no puede eximir ni atenuar la responsabilidad penal —*actio libera in causa*—. **Más discutible resulta el tratamiento de la embriaguez voluntaria simple y de la culposa**.[16] Según la doctrina de la *actio libera in causa*, respecto a la embriaguez plena, habría que distinguir los casos en que el hecho cometido era previsible e imputable a imprudencia, de aquellos otros en que no lo fuera, debiendo castigarse en los primeros por imprudencia —si ésta es punible— y eximirse en los segundos. Pero a veces se tiene en cuenta la peligrosidad social de la bebida, causa frecuente de delitos, para propugnar un trato de mayor rigor por razones político-criminales.

16. Cfr. Antón Oneca, PG, pp. 306 ss.

28 Así, el **Proyecto Ferri de 1921**, reflejando la opinión de la *Scuola Positiva*, consideró plenamente responsables a los ebrios no fortuitos, y el **§ 330 a) del Código penal alemán** castiga como delito la provocación culpable de la embriaguez plena, si el autor comete en tal estado un hecho que no pueda castigarse por inimputabilidad —es decir, cuando no quepa castigar por *actio libera in causa* por no haberse buscado dolosamente ni ser previsible anteriormente el hecho.[17]

29 En este sentido, de un trato especialmente riguroso de la embriaguez, el **CP 1870** sólo la consideraba atenuante (no eximente), y cuando no fuera habitual ni posterior al designio criminal. El **CP 1928** fue más lejos al contemplar la embriaguez como circunstancia que podía atenuar o agravar la pena: atenuarla sólo cuando fuera involuntaria (culposa o fortuita), atenuarla o agravarla, según el juez, cuando fuera voluntaria simple, y agravarla cuando fuera preordenada al delito o habitual (art. 69, 1º). El **CP 1932**, al introducir la figura del trastorno mental transitorio, hizo especial referencia a la embriaguez plena y fortuita para considerarla eximente —además de la posibilidad de que fuera atenuante, cuando faltara alguno de aquellos requisitos y no hubiera sido buscada de propósito para delinquir. **En 1944** desapareció la alusión a la embriaguez eximente y sólo se previó de forma expresa como atenuante (art. 9, 2º). Sin embargo, al haberse mantenido la eximente de trastorno mental transitorio **había que admitir que siguiera eximiendo** la embriaguez que produjera en el sujeto una perturbación susceptible de ser considerada como un trastorno de aquella naturaleza.

30 *a*) **Para que el alcohol u otras drogas eximan, deberán producir una *plena* exclusión de la imputabilidad**: sólo la embriaguez o intoxicación plena podrá eximir, no así la semiplena, que sólo podrá atenuar, a través de la **eximente incompleta** del art. 21, 1ª, cuando sea muy intensa, y por la vía de la **atenuante ordinaria** del art. 21, 2ª, cuando no lo sea tanto y proceda de grave adicción, o de la **atenuante analógica** del art. 21, 7ª. La simple excitación no llega a atenuar la responsabilidad. La embriaguez *letárgica* impide la presencia de la «acción» exigida por el art. 10 CP.

31 b) **No toda embriaguez o intoxicación plena eximirá**, sino sólo la que no se haya buscado de propósito para delinquir ni se haya producido en circunstancias tales en que hubiera que prever que daría lugar a cometer el hecho, si la imprudencia es punible. Así, la **embriaguez o intoxicación preordenada** dejará en pie la responsabilidad dolosa, y la **embriaguez o intoxicación voluntaria o culposa**, cuando el hecho —y no sólo la embriaguez— fuera imputable a imprudencia anterior punible, motivará la apreciación de responsabilidad por dicha imprudencia anterior[18].

---

17. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 613.

18. Vid., p. ej., la STS 11 julio 86, que en un caso en que la embriaguez fue causa de un accidente de tráfico acoge la doctrina de la actio libera in causa y afirma que es doctrina «reiteradísima» de la Sala que concurre aquí imprudencia temeraria.

6. *El síndrome de abstinencia*

32 Tratándose de drogas distintas al alcohol, aparte de la posibilidad de intoxicaciones puntuales, los mayores problemas se hallan relacionados con la **drogodependencia**, y, especialmente, cuando la misma produce el **«síndrome de abstinencia».** La mayoría de los delitos que tienen lugar por influencia de las drogas se cometen en esta situación. En el CP anterior no se preveía. Se discutía si podía dar lugar al trastorno mental transitorio o si constituía una verdadera *enfermedad* encuadrable en la «enajenación».[19] El actual art. 20, 2º CP declara expresamente exento de responsabilidad criminal al que al tiempo de cometer la infracción penal «se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Queda abierta, por supuesto, la posibilidad de que este efecto de inimputabilidad no sea *pleno* y deba aplicarse una **eximente incompleta**, o, en casos menores, la **atenuante ordinaria** del art. 21, 2ª (STS 16 oct. 2000) o la **atenuante analógica** del art. 21, 7ª.

7. *Medidas de seguridad*

33 El CP anterior no preveía medidas de seguridad para los declarados exentos por trastorno mental transitorio en ninguna de sus modalidades. Los arts. 101 a 105 del actual CP permiten imponer medidas privativas de libertad y no privativas de libertad a todos los inimputables o semiimputables conforme al art. 20, 1º, 2º y 3º. La referencia al nº 1 comprende, puesto que no distingue, a las anomalías y alteraciones psíquicas transitorias no inducidas por alcohol u otras drogas. Las **medidas psiquiátricas** previstas por el art. 101 sólo pueden tener sentido cuando el trastorno mental transitorio tenga una *base patológica*. Si no la tiene solamente podrán imponerse las previstas para intoxicaciones y síndrome de abstinencia. Baste mencionar, como especialmente significativa, la medida de «**internamiento en centro de deshabituación** público, o privado debidamente acreditado u homologado» (art. 102). También aquí «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable.»

34 En caso de **eximente incompleta** igualmente podrán imponerse las mencionadas medidas, antes de la ejecución de la pena atenuada que corresponda, de acuerdo con el **sistema vicarial**. Se aplicarán los límites ya indicados para las medidas psiquiátricas (art. 104), así como las posibilidades de suspensión

19. Cfr. Joshi, La Ley, 11 marzo 94, p. 1, con abundante cita de jurispr.

de la pena restante o de su sustitución por otras medidas no privativas de libertad (art. 99).

II. La minoría de edad penal

35 1. Según el **art. 19 CP, «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. — Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor»**. La Disposición final séptima del CP suspendió la entrada en vigor de este artículo «hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto». La LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, entró en vigor al año de su promulgación (5 de enero de 2001). Su art. 1, 1 declaró: «Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas **mayores de catorce años y menores de dieciocho** por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o las leyes penales especiales». Según el art. 3 de la misma ley: «Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea **menor de catorce años**, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes». De todo ello se deduce: 1) que la plena imputabilidad y responsabilidad con arreglo al CP no se alcanza hasta los 18 años; 2) que desde los 14 años hasta los 18 años se prevé un régimen de responsabilidad que también se denomina *penal*, pero que es muy distinto del previsto por el CP para los mayores; 3) que los menores de 14 años no están sujetos a ninguna clase de responsabilidad penal, sino sólo a medidas educativas y/o asistenciales.[20]

36 Según el anterior CP, estaba exento de responsabilidad penal el menor de 16 años. La mayoría de edad penal se alcanzaba, pues, dos años antes que ahora. Inicialmente, todos los menores de 16 años quedaban sujetos al mismo régimen de medidas no penales a imponer por Tribunales Tutelares de Menores. La distinción de dos tramos de edad con diverso tratamiento por debajo de la mayoría de edad penal se introdujo por primera vez por la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: los menores de 12 años pasaron a disposición de las «instituciones administrativas de protección de menores» (art. 9, 1º, párr. segundo), mientras que los mayores de 12 años y menores de 16 quedaron sujetos a los Juzgados de Menores (art. 9, 1º, párr. primero, LO 4/1992), aunque éstos no estaban llamados a ejercer una acción represiva, sino de imposición de medidas de seguridad de carácter educativo y correctivo.

---

20. La LO 5/2000 fue ampliamente reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En Cataluña es de aplicación la Ley del Parlamento de Cataluña 27/2001, de 31 dic., de Justicia Juvenil, que deroga la legislación catalana anterior, salvo el título V de la Ley 11/1985, de 13 jun., de Protección de Menores, modificada por la Ley 12/1988, de 21 nov. Sobre la situación en Cataluña cfr. Giménez-Salinas/Rifà, Introducció, pp. 131 ss.

37 La distinción del tratamiento de los menores y mayores de 12 años que vino a introducir la LO 4/1992 fue plausible. Sin embargo, sólo en parte nos aproximaba a la situación existente en otros países, que desde hacía tiempo preveían una fase intermedia entre la minoría de edad penal y la mayoría plena, fase durante la cual es aplicable un «Derecho penal juvenil», —penal ya, pero distinto en sus consecuencias al de los mayores—. Así, en Alemania un tal Derecho penal juvenil es el aplicable a los jóvenes comprendidos entre los 14 y los 18 años, salvo que no se pueda probar su plena imputabilidad, y a los mayores de 18 años pero menores de 21 años («jóvenes adultos») en ciertos casos.[21] Permite la imposición de verdaderas penas.[22] La introducción en España de una vía como ésta por parte de la Ley de responsabilidad penal del menor elimina las objeciones político-criminales que planteaba la fijación de la mayoría de edad penal por debajo de la mayoría de edad la civil (18 años), al mismo tiempo que permite adaptarse a las importantes diferencias criminológicas entre los niños menores de 14 años y los mayores de esta edad.

38 De acuerdo con el art. 69 CP, la LO 5/2000 previó, en su art. 4, **la posibilidad de extender su régimen a los mayores de 18 años y menores de 21**, para hechos poco graves de personas no reincidentes. Esta posibilidad había quedado en suspenso por obra de la LO 9/2000 y de la LO 9/2002, hasta que finalmente fue suprimida por la LO 8/2006.

39 2. La **historia** de la minoría de edad penal muestra una progresiva restricción de la aplicación del Derecho penal general a los menores. En el **CP 1822** sólo los menores de 7 años se reputaban automáticamente inimputables, dependiendo el trato de los niños de 7 a 12 años de que se probase o no en ellos la presencia de **discernimiento**. Los Códigos de **1848 y de 1870** extendieron la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad a todos los menores de 9 años, y mantuvieron el criterio de la prueba del discernimiento para los mayores de 9 años y menores de 15. El **CP 1932** acabó con el sistema del discernimiento y elevó a los 16 años el límite incondicionado de la irresponsabilidad penal. El **CP 1944** mantuvo la misma fórmula. El **CP 1995** hace coincidir la mayoría de edad penal con la civil (18 años), pero admite que los menores de tal edad puedan responder «con arreglo a lo dispuesto en la ley penal juvenil y del menor». Puede verse aquí un cambio de tendencia, hacia una responsabilidad penal del menor de 18 años y mayor de 16 distinta a la del mayor de 18 años.

40 El giro operado desde 1932, al dejarse de exigir falta del discernimiento en el menor, manifiesta un cambio importante en la **fundamentación** de la eximente de la minoría de edad y responde al **moderno planteamiento político-criminal** en materia de menores. El criterio del discernimiento era coherente con la fundamentación de la eximente en la ausencia de imputabilidad: a partir de la edad en que tal ausencia puede darse o no, según las personas, era lógico condicionar la exención a su efectiva comprobación mediante la prueba del discernimiento. En cambio, ya no podía justificarse del mismo modo que todo menor de 16 años resultase exento de responsabilidad penal, puesto que es posible que antes de esa edad se haya

21. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 597 ss.
22. Cfr. Albrecht, Derecho penal de menores, p. 344.

alcanzado ya la suficiente madurez. La exención incondicionada hasta los 16 años se basaba en algo más que la presunción de inimputabilidad, a saber: en la moderna convicción político-criminal de que los menores no deben ser castigados como los mayores ni ir a la cárcel como ellos, sino que han de ser objeto de medidas educativas no penales sino preventivas.[23] Este planteamiento dio lugar a la creación en 1918 de los Tribunales Tutelares de Menores, que más adelante se regularon por el texto refundido de 11 junio 1948, modificado por los DD. de 19 dic. 69, 26 febr. 76 y, sobre todo, por la LO 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Al elevarse la mayoría de edad penal a los 18 años y preverse una especial forma de responsabilidad penal de los menores de dicha edad y mayores de 14 años, se hace aún más evidente la imposibilidad de fundar la exclusión del CP de los menores de 18 años en una falta absoluta de imputabilidad.

41 **Doble es, pues, el fundamento de la actual eximente de minoría de edad**. Por una parte, se basa en la suposición de que *antes de cierta edad no concurre la imputabilidad*. Este aspecto es decisivo respecto a los niños de corta edad. Por otra parte, y *respecto a los menores de mayor edad* que bien pudieran resultar efectivamente imputables en los términos clásicos, se funda en la idea político-criminal de que, pese a ello, *es más adecuado para los menores un tratamiento educativo específico* que el puro castigo.[24] Esta distinción puede explicar el distinto tratamiento que prevé la Ley de responsabilidad penal del menor para los menores de 14 años (entre los que se incluyen niños verdaderamente inimputables) y para los mayores de esta edad (a los que se reconoce cierta imputabilidad que permite hacerles capaces de una forma especial de responsabilidad penal).

42 La responsabilidad prevista para los mayores de 14 años por la ley del menor es en parte penal (como indica la denominación de la ley, de responsabilidad penal del menor) y en parte educativa. El primero de los principios de la ley que enumera el punto 6 de su Exposición de Motivos es la naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad. Esta mezcla se decanta más hacia lo penal cuando se trata de *delitos graves, cometidos en grupo o al servicio de bandas, o con violencia o intimidación o peligro grave para la vida o integridad física*, supuestos en los que se permite la aplicación de medidas de internamiento en régimen cerrado (art. 9, 2 LRPM), que si el menor ha cumplido 16 años podrán tener una duración de hasta 6 años (art. 10, 1 LRPM), o, *en delitos de homicidio o asesinato, agresión sexual, terrorismo u otros que tengan señalada pena de prisión de 15 o más años*, de hasta 8 años, e incluso de 10 años en algunos casos de *concurso de delitos* (art. 11, 2 LRPM), con posibilidad de añadir una medida posterior de libertad vigilada de hasta 5 años. Sin embargo, no se señala una sanción para cada delito, sino un listado de medidas (desde la simple amonestación hasta el internamiento) entre las que el Juez puede elegir con amplia libertad (art. 7 LRPM), atendiendo no sólo a la prueba y valoración

23. Cfr. Quintero Olivares, Introducción, p. 206.

24. Cobo/Vives, PG (3ª ed. 1990), p. 442., añaden que los desarrollos de la psicología en materia de aprendizaje problematizan la capacidad de adecuar la conducta a las exigencias del Derecho por parte de quienes no han completado su aprendizaje social.

jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos (...) (art. 7, 3 LRPM). Estos informes técnicos valorarán la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social (art. 27 LRPM). El Ministerio Fiscal puede desistir de la acusación en hechos poco graves (art. 18 LRPM), y el Juez podrá en cualquier momento, salvo excepciones, dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta (art. 13 LRPM). Estos dos criterios, el interés del menor y el reproche merecido, reflejan la doble naturaleza, sancionadora y tutelar, de la ley.

43 Es éste un ejemplo del sentido de la moderna Política criminal. Para la concepción clásica de corte retributivo, era difícil admitir que pudiera quedar sin castigo la realización de un hecho en que pudiese demostrarse la culpabilidad del sujeto —lo que podía suceder con menores de 16 años y desde luego sucede con menores de 18—. En cambio, para la actual concepción político-criminal, si bien es cierto que no puede castigarse sin culpabilidad, no siempre que concurra culpabilidad habrá que castigar, sino sólo cuando sea necesario y adecuado en orden a la prevención de delitos y la protección de la sociedad. De ahí que en el ámbito de los menores pueda dejarse de acudir al Derecho penal desde el momento en que son posibles otras medidas tutelares más específicas.

44 3. *A)* En la regulación actualmente vigente la exclusión de responsabilidad con arreglo al CP exige no haber cumplido 18 años. **¿Cuándo hay que entender cumplida dicha edad?** ¿Es válido a estos efectos el criterio adoptado por el art. 2 de la Ley de 13 de diciembre 1943 que introdujo el art. 315 CC, según la cual, en orden a la determinación de la mayoría de edad civil, «para el cómputo de los años... se incluirá completo el día del nacimiento, sea cual fuere la hora de éste»? Según esto, se dejaría de ser menor a partir del primer momento del día en que se cumplen los 18 años. No hay base para pensar que ésta sea una solución preferible a la de considerar que los años no se cumplen hasta la hora en que se nació. La regulación penal no da pie a ninguna interpretación distinta a esta última, puesto que considera exento de responsabilidad penal con arreglo al CP a todo menor de 18 años y hasta la *hora* correspondiente no se alcanzan totalmente estos años.[25]

45 *B)* Si, en los **delitos de resultado**, la edad se cumple con posterioridad a la *conducta* típica pero antes del *resultado*, ¿cabe apreciar la eximente? La cuestión, que afecta al problema del tiempo del delito, se decide únicamente en sentido afirmativo, porque el momento decisivo para valorar la imputabilidad se considera aquel en que actúa el sujeto.[26]

---

25. Así Casabó Ruiz, Comentarios I, p. 229, y STS 25 febr. 64. En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 dic.

26. Cfr. supra Lec. 9, 1 II Aa). Es aplicable aquí el criterio de la *actividad* acogido por el art. 7 CP a los efectos de aplicación de la ley penal en el tiempo. Coherentemente, el art. 5, 3 LRPM establece: «Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de

46 Pero si el delito se halla constituido por una **pluralidad de actos** —p. ej.: si se trata de un **delito continuado**— se suscita el problema de qué ocurre cuando el sujeto cumple los 18 años entre acto y acto. La STS 2 mayo 62 sentó el criterio de que las actuaciones anteriores a ese momento no pueden motivar responsabilidad.[27] Esta solución es importante cuando los distintos actos parciales tienen una gravedad cuantificable y su suma agrava el hecho total —que es lo que sucede en los delitos continuados contra la propiedad, en los cuales los apoderamientos anteriores al cumplimiento de la edad no han de ser tenidos en cuenta a efectos penales—. En cambio, cuando los distintos actos parciales no tengan una gravedad cuantificable separadamente y que pueda sumarse —así, p. ej.: en los delitos continuados de falsedades—, los actos anteriores al cumplimiento de la edad no variarán necesariamente la gravedad final del hecho. Cuando se trate de un delito no continuado pero cuya ejecución se prolongue en el tiempo y durante la misma el sujeto alcance la mayoría de edad penal, cabrá castigarle por todo el hecho, puesto que al proseguir la realización del hecho viene a asumir los actos anteriores. Es la misma solución que procede en los **delitos permanentes** en que la situación antijurídica iniciada antes de los 18 años se mantenga después de cumplirlos.[28]

III. La alteración de la percepción como eximente

47 1. El **art. 20, 3º CP** declara exento de responsabilidad criminal a **«el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».** Esta eximente procede casi literalmente de la Reforma Parcial y Urgente de 1983.

48 La nueva fórmula vino a sustituir la referencia al «*sordomudo* de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción», que había sido introducida como eximente en el CP 1932. Con anterioridad a éste la sordomudez sólo se había previsto como atenuante en el CP 1928 (art. 65, 4º). Nada dijo, lamentablemente, la Exposición de Motivos de la Reforma de 1983 acerca del fundamento y del alcance imaginado para la nueva figura de la «alteración de la percepción». Hubiera sido muy conveniente, pues se trata de una innovación sin precedentes en nuestra legislación y en el Derecho Comparado, así como también en la doctrina, que no la había sugerido. Y es grave que una modificación tan novedosa se introduzca sin ninguna fundamentación ni aclaración. Por otra parte, el texto que se introdujo, pese a ser reiterativo en su redacción, es de una notable vaguedad y requiere de alguna interpretación que lo precise.

49 El objetivo de la nueva fórmula no parece ser dejar de eximir a los sordomudos antes eximidos, sino extender la eximente, además, a supuestos análogos a

---

comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores».

27. Cfr. Casabó Ruiz, Comentarios, I, p. 229.

28. Sobre todos estos problemas cfr. ampliamente Mir Puig, Reincidencia, pp. 174 ss., 359 s.Vid. también la Circular de la Físcalía General del Estado 1/2000 cit.

los de la sordomudez antes prevista en el mismo art. 8, 3º. Ello respondería a la consideración de que no hay por qué limitar a la sordomudez la posibilidad de exención penal, cuando otras formas de alteración en la percepción de la realidad pueden tener la misma trascendencia jurídico-penal.[29] Sin embargo, no queda claro qué otros casos pueden incluirse. No parece tratarse de casos de insuficiente capacidad intelectual, puesto que éstos se incluían ya tradicionalmente en la enajenación del anterior art. 8, 1º, y ahora caben perfectamente en las «anomalías...psíquicas» del actual art. 20, 1º, y, por otra parte, no parece que afecten específicamente a la «percepción», concepto relacionado con los sentidos. Pero tampoco puede incluirse la ceguera *por sí sola*, porque ésta no implica ninguna inferioridad en cuanto a la comprensión de las normas, ni guarda por tanto, relación con la imputabilidad.[30] Queda la sordomudez desde la infancia, en la medida en que suponga una incomunicación con el mundo social que incapacite al sujeto para recibir normalmente la llamada de la norma jurídica de que se trate. Mas éste era, precisamente, el contenido del anterior art. 8, 3º. Cualquier otro caso que pretenda incluirse en la nueva fórmula habrá de suponer no sólo una «grave alteración de la percepción», sino también una plena exclusión de la imputabilidad, es decir, de la capacidad de ser motivado normalmente por la norma.[31]

2. *Medidas de seguridad*

A) Para los que sean declarados exentos de responsabilidad conforme al nº 3º del art. 20 el art. 103 CP prevé una **medida de internamiento en un centro educativo especial** y el art. 96, 3 y 105 las mismas **medidas no privativas de libertad** imponibles también a los demás inimputables. Su imposición depende de que resulten necesarias para la prevención especial. Como ocurre con las demás medidas privativas de libertad previstas para inimputables, «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad». **50**

29. Cfr. Quintero/Muñoz Conde, Reforma, p. 75.

30. Afirma que la nueva eximente ha de fundarse en la incapacidad de conocer la antijuridicidad Quintero, en Reforma, pp. 76 s.

31. Se han ocupado de esta eximente las SSTS 14 marzo 87 y 20 abr. 87. La primera se inclina por requerir defectos sensoriales, si bien luego no descarta la posibilidad de atribuir cierta relevancia en virtud de la misma a situaciones de incomunicación y falta de socialización. La segunda, en cambio, se muestra ya más decididamente proclive a admitir la inclusión en la eximente de situaciones en las que no se produzca un defecto en la percepción sensorial. Cfr. también STS 6 febr. 2001. Carmona Salgado, Poder Judicial 1987, pp. 148, 152, propone incluir tanto defectos de percepción como la ceguera, como las «pseudoligofrenias» procedentes de falta de comunicación con el entorno social (niños lobos, «sindrome de Häuser») y alude al autismo, pero exigiendo que todo ello prive de la necesaria capacidad valorativa frente al Derecho (p. 151). Defiende una interpretación normativa de la eximente Morales, CPC nº 40 (1990), pp. 85 ss., que ve su campo de aplicación en los casos de «grave aislamiento o subdesarrollo cultural». La STS 15 febr. 2000 admitió la eximente incompleta de alteración en la percepción en personalidad distímica o ciclotímica.

51 Aparte de este límite máximo, las medidas habrán de cesar en cuanto hayan alcanzado su finalidad. Si ésta es la prevención especial a través de educar al sujeto para que pueda comprender las normas jurídicas, deberá cesar en cuanto el sujeto haya conseguido esta capacidad.[32]

52 B) En caso de que proceda estimar como **incompleta** esta eximente, podrá imponerse *junto* a la pena atenuada el internamiento previsto en el art. 103 y las medidas no privativas de libertad antes señaladas. La relación entre el internamiento y la pena se regula por el art. 99 del mismo modo que para los demás casos de semiimputabilidad (**«sistema vicarial»**, en los términos indicados supra Lección 22, II 3 D).

32. Así, para el sordomudo, Córdoba Roda, Comentarios I, p. 235.

Lección 24.
NO EXIGIBILIDAD» Y MIEDO INSUPERABLE

Bibliografía

Aguado Correa, Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal, 2004; *Achenbach*, Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel?, JR 1975, pp. 429 ss.; *Albrecht*, Die Patologisierung des strafrechtlichen Notstandes, en Festschrift für Rasch, 1993, pp. 59 ss.; *Alonso Álamo*, Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad, en AA.VV., Estudios de Derecho penal y criminología, UNED, 1989, t. I, pp. 59 ss.; *la misma*, El miedo, su incidencia en los diferentes elementos del delito, en LH al Prof. Núñez Barbero, 2007; *Baldó*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Blei*, Zumutbarkeit und Vorverhalten beim entschuldigenden Notstand, JA 1975, pp. 307 ss.; *A. E. Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, pp. 261 ss.; *Bustos Rubio*, Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de derecho penal mínimo e inexigibilidad, en CPC (112) 2014; *Cuerda Arnau*, El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, 1997; *Cruz Blanca*, La actio libera in causa en el derecho penal español y su aplicación jurisprudencial, en CPC (112) 2014; *Díaz Palos*, Miedo insuperable, NEJ XVI, 1977; *Erb*, Das Verhältnis zwischen mutmaßlicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Eser/Gimbernat/Perron (eds.)*, Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, pp. 33 ss., con trabajos de Cerezo, Hirsch, Gimbernat, Perron y Roxin sobre el tema; *Fernández Pantoja*, La "exigibilidad" y la "no exigibilidad" de conductas adecuadas a las normas penales: cuestiones pendientes en la dogmática jurídico-penal, en CPC (106) 2012; *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießener Festschrift, 1907, pp. 3 ss.; *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, en Festschrift für Mezger, 1954, pp. 311 ss.; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Öst. ZStr, 1913, pp. 129 ss.; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Hardtung*, Der Irrtum über die Schuld im Lichte des § 35 StGB, ZStW 108 (1996), pp. 26 ss.; *Henkel*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, en Festschrift für Mezger, 1954, pp. 249 ss.; *Hillenkamp*, In Tyrannos — viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen, en Festschrift für Miyazawa, 1995, pp. 141 ss.; *Hörnle*, Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB), JuS, 2009; *la misma*, Matar para salvar muchas vidas en InDret 3/2010; *Hruschka*, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand, NJW 1980, pp. 21 ss.; *el mismo*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen..., GA 1991, pp. 1 ss.; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum..., en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 327 ss.; *Klimsch*, Die dogmatische Behandlung des Irrtums über Entschuldigungsgründen..., 1993; *Küper*, Noch einmal: rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, pp. 477 ss.; *el mismo*, Der entschuldigende Notstand - ein Rechtfertigungsgrund? JZ 1983, pp. 88 ss.; *Lücke*, Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit, JR 1975, pp. 55 ss.; *Luzón Peña*, Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014 (trad. al español en, Exculpación por inexigibilidad penal individual, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014); *Mañalich*, La exculpación como categoría del

razonamiento práctico, en InDret 1/2013; *Maqueda*, Exigibilidad y derecho a no declararse culpable, ADPCP, nº 44, en.-abr.1991; *Martín Lorenzo*, La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal, 2009; *Melendo*, El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad, 2002; *Müller-Christmann*, Der entschuldigende Notstand, JuS 1995, p. 65; *Navarro Frías*, ¿Tocando el Derecho de oído? Hacia una teoría de la argumentación jurídico-penal, en InDret 2/2012; *Piga*, Algunos datos para el estudio psicológico de la circunstancia de miedo insuperable, en ADPCP 1950, pp. 44 ss.; *Quintanar*, La eximente de miedo insuperable, 1998; *Robles*, Sobre la exclusión del injusto penal, en LH al Prof. B. Schünemann por su 70º aniversario, 2014; *Roso*, voz "miedo insuperable" en Luzón (dir.), Enciclopedia Penal Básica, 2002, pp. 950 ss.; *Roxin*, Problemas básicos de Derecho penal, trad. Luzón Peña, 1976; *el mismo*, Culpabilidad y prevención, trad. Muñoz Conde, 1981; *el mismo*, Die notstandsähnliche Lage —ein Strafunrechtsausschließungsgrund?, en Festschrift für Oehler, 1985, pp. 181 ss.; *el mismo*, El estado de necesidad exculpante según el art. 35 del Código penal, en el mismo, Dogmática penal y Política criminal, trad. de Abanto, Lima, 1998, pp. 203 ss.; *Sáinz Cantero*, El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad», ADPCP 1960, pp. 419 ss.; *el mismo*, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, 1965; *Sánchez Lázaro*, Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable, 2009; *Scarano*, La non esigibilità nel diritto penale, 1948; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en el mismo, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 153 ss.; *Silva*, Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand, en Festschrift für J. Hruschka, 2005; *el mismo*, Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia, en LH al Prof. Rodríguez Mourullo, 2005; *el mismo*, Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación, en LH al Prof. Bustos Ramírez, 2011; *Trapero*, La eximente de miedo insuperable: ¿una alternativa a la teoría del error en la legítima defensa? (A propósito de la STS de 24 de febrero de 2000), AP 2001-3, pp. 1059 ss.; *el mismo*, La eximente de miedo insuperable: ¿una alternativa a la teoría del error en la legítima defensa?, en AP nº 44, 2001; *Ulsenheimer*, Zumutbarkeit, normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, pp. 1 ss.; *Varona*, El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento, AP nº 39, 21-27 oct. 1996; *el mismo*, El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, 2000; *Vogler*, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969, pp. 103 ss.; *Wittig*, Der Übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in Verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969, pp. 546 ss.; *P. Wittig*, Das Extra-Legal Measures Model of Emergency Powers von Gross: Eine neue Antwort auf die Herausforderung des Rechts in extremen Konfliktsituationen?, en Festschrift für B. Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014; *Wolter*, Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlußgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin, GA 1996, pp. 207 ss.

I. «No exigibilidad» y causas de exculpación

1 1. La responsabilidad penal no sólo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una *situación motivacional* anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que se ha obrado en situación de **«no exigibilidad»**, porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar.

2 Ejemplo: Alguien es amenazado con ser mutilado y perder una pierna si no da el nombre de otra persona a la que quieren dar muerte quienes le amenazan. El sujeto amenazado se encuentra en una situación límite, ante la cual cualquiera cedería aun a costa de la muerte de la persona delatada.

3 La exclusión de la responsabilidad penal no se basa en tal caso en que el sujeto sea distinto al hombre normal al que se dirige la motivación de la norma, sino, al contrario, precisamente en que el sujeto actúa como lo haría cualquier hombre normal. La anormalidad motivacional, fundamento común a toda causa de exclusión de la responsabilidad penal, no procede aquí de una anormalidad *en el sujeto* —permanente o transitoria—, sino de una anormalidad *en la situación*.[1] En un Estado social y democrático de Derecho ello puede justificarse acudiendo a la idea de que el Derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio.[2] Un Derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de «no exigibilidad»: *las conductas heroicas «no son exigibles»*.[3]

4 2. Pero **«no exigibilidad» no significa ausencia de prohibición**. Que no sea exigible evitar una determinada conducta no quiere decir que ésta no sea antijurídica y no se halle prohibida. Al contrario, la cuestión de la exigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la responsabilidad penal del sujeto y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho y su prohibición personal. La no exigibilidad excluye la responsabilidad penal del sujeto, pero no la antijuridicidad del hecho ni su prohibición. Si ante una situación límite —como la del ejemplo antes propuesto— el sujeto no se comporta heroicamente y determina la muerte de otra persona, podrá no ser penalmente responsable, pero su actuación no será la deseada por el Derecho. La motivación normativa propia de la prohibición no deja de dirigirse al sujeto en tales situaciones extremas, *por si* logra determinarlo en el sentido *preferido* por el Derecho, lo que efectivamente se consigue en los ejemplos de actos heroicos que no dejan de producirse a lo largo de la Historia.[4] Ello no se opone, sin embargo, a que, en caso de fracasar el intento de motivación normativa, el Derecho no crea justo imponer una pena en atención a la extraordinaria dificultad de la situación.

---

1. Cfr. Mir Puig, Psicopatología 2 (1982), p. 156. Concretamente hablan Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 688 s., de que en las causas de inexigibilidad concurren «circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador». Esta idea de la anormalidad de las circunstancias motivadoras se halla ya en los orígenes de la teoría de la inexigibilidad: así Frank (1907) y Goldschmidt (1913); cfr. Sáinz Cantero, ADPCP 1960, pp. 427 y 438.

2. Escribe Antón Oneca: «el juicio de culpabilidad es siempre una comparación entre el modo de comportarse el sujeto y la forma de comportamiento corriente en la mayoría de los hombres. Sólo cuando el individuo se aparta de este camino llano es reprochada su conducta»: PG, p. 372.

3. Cfr. p. ej. Cuello Calón, PG, p. 409 («no es posible exigir a la naturaleza humana un heroísmo que muchas veces está por encima de ella»).

4. Jescheck, Tratado, p. 656, va demasiado lejos cuando afirma: «incluso en las situaciones excepcionales la mayoría de los hombres se dejan motivar por las normas jurídicas». Si así fuera, la obediencia al Derecho perdería en estos casos su carácter heroico.

5 En puridad, desde el punto de vista terminológico, la expresión «no exigibilidad» no resulta muy afortunada porque oscurece el hecho de que la conducta «no exigible» sí se reclama por el Derecho. Podría decirse perfectamente que el Derecho «exige» la conducta heroica, aunque no considere «penalmente responsable» a quien la omita. Sin embargo, la expresión «no exigibilidad» se ha impuesto en la doctrina y ciertamente posee fuerza plástica, por lo que, con la reserva apuntada, seguiremos utilizándola.

6 3. Cuando el Derecho reconoce efectos eximentes a situaciones de no exigibilidad (como sucede con el «miedo insuperable»), la doctrina habla de **«causas de exculpación»** o **«de disculpa»** *(Entschuldigungsgründe)*. Con esta expresión se quiere decir algo más concreto que «exclusión de la culpabilidad» (de la responsabilidad penal). También las causas de inimputabilidad excluyen la responsabilidad penal y, sin embargo, no se incluyen entre las «causas de exculpación».

7 Pero antes de precisar el sentido que la dogmática actual atribuye a estas causas, importa esbozar una rápida **evolución histórica** de las mismas.[5]

8 *A*) La **teoría psicológica de la culpabilidad** no podía explicar en modo alguno el significado dogmático de las causas de exculpación. Si la culpabilidad se entendía como vínculo psicológico entre el injusto y la cabeza del autor, no podía justificarse satisfactoriamente que excluyeran la culpabilidad situaciones como el miedo insuperable, que no obstan para nada a la presencia de aquel vínculo psicológico. Nótese, en efecto, que el miedo insuperable no supone la ausencia de dolo o imprudencia.

9 *B) a)* La única forma de fundamentar en casos como éste la exclusión de la culpabilidad era apelar a un criterio valorativo distinto al nexo psicológico. La **teoría normativa de la culpabilidad** así lo hizo, al acudir a la idea de *reprochabilidad*. Ésta se hizo depender en un principio —cuando todavía se defiende la sistemática causalista— del dolo y la imprudencia, pero también de otras circunstancias que pueden llegar a excluir la reprochabilidad del hecho doloso o imprudente. Frank, uno de los creadores de la teoría, habla en este sentido de «circunstancias concomitantes». Cuando llegan a resultar totalmente *anormales*, no cabe el reproche y se excluye la culpabilidad.[6]

10 *b*) Ésta es la base de la **teoría de la no exigibilidad**, que vendrían a explicitar Goldschmidt y Freudenthal. El primero ideó el concepto de «normas de deber», dirigidas a motivar el comportamiento interno del sujeto, como contrapuestas a las «normas de Derecho» prohibitivas de la conducta externa. Mientras que la infracción de estas últimas determinaría la antijuridicidad, la infracción de las «normas de deber» fundaría la reprochabilidad necesaria para la culpabilidad. Pero estas «normas de deber» encontraban su límite en *lo exigible* al sujeto.[7] Freudenthal erigió la no exigibilidad en fundamento general de la reprochabilidad y llegó a postular su operatividad a través de una **causa supralegal de no exigibilidad**, que excluiría la culpabilidad al margen de las eximentes previstas legalmente,

---

5. Sobre esta evolución cfr. ampliamente Sáinz Cantero, ADPCP 1960, pp. 417 ss, 433 ss.
6. Cfr. Frank, Aufbau, pp. 10 ss.
7. Cfr. sobre esto Sáinz Cantero, ADPCP 1960, pp. 435 ss. Parten de la distinción de normas de Derecho y normas de deber Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 688.

siempre que en el caso concreto no fuese exigible al autor una conducta ajustada a Derecho: «no merece una pena criminal quien, según las circunstancias del hecho, no pudo evitar su comisión».[8]

11 La teoría surgió en un momento económico difícil para Alemania: los años de la gran inflación, años en que muchos ciudadanos se vieron enfrentados a situaciones de angustia económica y al dilema de infringir la Ley para resolverlas. Se partió de un caso que se había planteado a los Tribunales alemanes en 1897, el caso de un cochero que accedió a enganchar un caballo peligroso (llamado «*Leinenfänger*» por tener el defecto de pasar la cola por encima de las riendas y abatirlas, aprisionándolas contra su cuerpo) y obedeció la orden de su amo de salir con el caballo por la vía pública *por temor a perder el empleo*; el caballo se desbocó y atropelló a un herrero, que se rompió una pierna. El Tribunal absolvió al cochero.

12 En un principio, según la formulación de Freudenthal, se concebía la no exigibilidad *subjetivamente*, y así no encontró acogida en la doctrina. Sí la tuvo, en cambio, en una versión posterior *objetivada*, basada en la capacidad de motivación del hombre medio. La jurisprudencia alemana acogió durante un tiempo esta construcción.[9] Hoy la doctrina dominante, tanto en Alemania como en España, rechaza la no exigibilidad como causa *supralegal* de exculpación.[10] En contra de esta eximente supralegal puede argüirse que no cabe admitirla por analogía porque supone situaciones de *menor intensidad* que las exigidas por la ley para exculpar en el estado de necesidad o en el miedo insuperable. Por otra parte, se ha dicho que su admisión debilitaría la eficacia de la prevención general de la ley penal y se traduciría en *inseguridad jurídica* para los demás. En la actualidad la idea de no exigibilidad se limita a explicar el fundamento de las causas de exculpación (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante),[11] aparte de servir de «principio regulativo» general,[12] especialmente en la fijación de límites a ciertos tipos (imprudencia, omisión) y eximentes.[13]

13 *C*) Al margen de la expresada evolución de la noción de no exigibilidad, el **finalismo** ha tenido también consecuencias en la comprensión de las causas de exculpación. La concepción de Welzel de la «culpabilidad» en base al «poder actuar de otro modo», le impidió entender completamente excluida la reprochabilidad del hecho por situaciones como la de estado de necesidad exculpante. En ella, no es preciso que el sujeto deje de tener la posibilidad (libertad) de actuar conforme a Derecho, sino que basta que hubiera reaccionado como el término medio de los hombres. El resultado es que las causas de exculpación se explican no como causas que excluyan del todo la «culpabilidad», sino como situaciones en las que confluyen,

---

8. Cfr. Freudenthal, Schuld und Vorwurf, pp. 25 ss.
9. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 687.
10. Cfr. Mir Puig, Adiciones, p. 690.
11. Cfr. Sáinz Cantero, Exigibilidad, pp. 117 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 616. Sin embargo, Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 693, admiten la posibilidad de que la idea de no exigibilidad «pueda producir ciertos efectos exculpatorios fuera de las hipótesis específicas a las que sirve de genuino fundamento», lo que permitiría ampliar con cautela eximentes como la de miedo insuperable.
12. Vid. la obra de Henkel, Mezger-Festschrift, pp. 249 ss., que ha influido en nuestro país. Vid. p. ej., manejando el concepto de inexigibilidad para delimitar el alcance de la legítima defensa, Córdoba Roda, Comentarios, I, p. 246.
13. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 688; Rodríguez Devesa, PG, p. 616. La STS 26 dic. 86 ha señalado que el principio de inexigibilidad es de muy discutible aplicación como principio general, aunque puede estimarse inspirador de supuestos legales concretos.

al mismo tiempo, una *disminución* notable del poder actuar de otro modo (de la «culpabilidad») y una *disminución* del injusto de la acción por la salvación de un bien jurídico.[14] Desde este planteamiento, acogido más allá del finalismo ortodoxo,[15] adquiere especial importancia la diferenciación terminológica entre «causas de exculpación» (o «disculpa») y «causas de exclusión de la culpabilidad», puesto que las primeras no excluyen ésta (para nosotros, la responsabilidad penal), sino que sólo determinan una «*disculpa*» en atención a la considerable disminución de injusto y culpabilidad.

14 Esta construcción no es convincente y demuestra la inidoneidad de la idea del poder actuar de otro modo como fundamento de la responsabilidad penal. No es satisfactorio tener que incluir en la «culpabilidad» una categoría híbrida de injusto y «culpabilidad» que pretende explicar la exención de pena pese a no excluir ni el injusto ni la «culpabilidad». Si ni el injusto ni la «culpabilidad» se excluyen, ¿por qué no se castiga, siquiera de forma atenuada? No convence la tesis de que el Derecho renuncia a penar por ser insignificante el injusto culpable que subsiste: puede tratarse de un hecho muy grave, cuyo resto de injusto y «culpabilidad» sea más grave que el de un delito leve, punible aunque concurran atenuantes del injusto y de la responsabilidad penal.

15 Las causas de exculpación no pueden explicarse correctamente a partir de la concepción de una «culpabilidad» basada en el «poder actuar de otro modo». El único camino transitable lo señalaron los autores de la teoría normativa de la culpabilidad: no se castiga porque *falta* la responsabilidad penal, que presupone una situación motivacional en la cual sea exigible al hombre normal evitar el injusto. Esto viene a confirmar la conveniencia de renunciar a fundar la responsabilidad penal en la indemostrable hipótesis del libre albedrío: ni el Derecho positivo lo exige para castigar, ni requiere su falta para eximir. Basta que falte al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una *motivación normal*.

16 4. En Derecho español **el miedo insuperable es una causa de exculpación prevista en el art. 20, 6º CP**. La doctrina considera también de la misma naturaleza el **estado de necesidad exculpante**, que se entiende constituido por los conflictos entre bienes *iguales* previstos ahora por el art. 20, 5º CP.[16] Al miedo insuperable y su significado se dedicará a continuación un apartado especial. En cuanto al estado de necesidad, recuérdese que, según nuestro planteamiento, el art. 20, 5º CP es *siempre* una causa de justificación, pero que su correcta interpretación deja normalmente fuera de su alcance los conflictos entre bienes iguales —porque generalmente la lesión de un bien igual a otro encerrará una perturbación que hará mayor el mal causado que el que se trate de evitar — Estos casos de colisión de bienes iguales deben regularse

14. Cfr. Welzel, Lb., pp. 178 s. (=trad. pp. 248 s.).

15. Así Jescheck, Tratado, p. 656; Küper, JuS 1971, p. 477.

16. Se añaden a veces como causas de exculpación la obediencia debida, la exención de la pena prevista para el encubrimiento entre parientes próximos (art. 454) y la fuerza irresistible. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 615, Cobo/Vives, PG (3ª ed., 1990), pp. 528 ss.; Quintero Olivares, Introducción, pp. 210 ss. La obediencia debida se considera en esta obra causa de justificación (cfr. supra Lección 18 II). El supuesto del art. 454 puede verse como un caso de conflicto de intereses (fidelidad familiar y deber de colaborar con la Justicia) que la Ley resuelve en favor de uno de ellos, lo que supone una causa de justificación. La fuerza irresistible se considera aquí, como es tradicional, causa de exclusión de la acción (cfr. supra, Lección 7).

acudiendo al miedo insuperable del art. 20, 6º o, en cuanto pueda resultar insuficiente, a una **eximente analógica de estado de necesidad exculpante** (cfr. *supra*, Lección 17, II 3 y 4).

II. El miedo insuperable

1. *Significado y fundamento*

A) Según el **art. 20, 6º**, está exento de responsabilidad criminal **«el que obra impulsado por miedo insuperable»**. No se contempla aquí la fuerza física irresistible que actúa sobre el cuerpo excluyendo el comportamiento humano, sino la coacción que supone *para la mente* la amenaza de un mal —asociada o no a violencia física efectiva—. El miedo insuperable no excluye la *voluntariedad* de la acción, sino que la priva de la *normalidad* necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto. **17**

B) Que el miedo insuperable no afecta a la antijuridicidad, sino sólo a la imputación personal, excluyendo la *responsabilidad penal* («culpabilidad»), se ha aceptado tradicionalmente de forma pacífica. Lo que ha sido objeto de discusión es si dicha eximente **excluye la imputabilidad o es una causa de inexigibilidad**. **18**

En la actualidad, sin embargo, Gimbernat sostiene que el miedo insuperable es una causa de justificación.[17] Ello se debe a que, según su opinión, la culpabilidad sólo falta cuando el sujeto no es motivable por la norma, y ello no sucede en caso de miedo insuperable. En éste no ocurre que el Derecho *no pueda* motivar a determinados sujetos a evitar un hecho, sino que *no quiere* hacerlo frente a nadie. Según nuestro planteamiento, en cambio, ninguna causa de exclusión de la *responsabilidad penal* supone la absoluta imposibilidad de motivar, sino sólo la anormalidad de la motivación. Cuando la motivación es totalmente imposible no tiene sentido ni siquiera prohibir el hecho. La diferencia entre las causas de justificación y las de exclusión de la responsabilidad penal ha de buscarse en una distinta razón de por qué el legislador «no quiere» castigar. Una eximente excluirá la responsabilidad penal cuando se prevé porque se entiende que bajo sus presupuestos el sujeto no podrá adoptar una decisión que responda a las leyes de una motivación racional normal.[18] **19**

Mientras que a veces se ve en el miedo insuperable una causa que excluye la imputabilidad, otras se aproxima al estado de necesidad del art. 20, 5º.[19] Ambas concepciones son insatisfactorias porque harían inútil la eximente 6ª. **El miedo insuperable debe concebirse como una causa de no exigibilidad**. **20**

---

17. Cfr. Gimbernat, Introducción, p. 66. También, siguiéndole, Gómez Benítez, Teoría, pp. 436 ss.
18. Más ampliamente sobre esto Mir Puig, Función pp. 90 nota y ss.
19. Cfr. el claro planteamiento de este dilema en Córdoba Roda, Comentarios I, pp. 357 s. También así Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 697. Cfr. STS 29 sept. 86. Próximas SSTS 18 oct. 93 y 20 sept. 95

21 *a)* Por una parte, quienes aluden a la imputabilidad fijan la atención en el efecto perturbador de la lucidez mental que supone la vivencia del miedo.[20] Según este punto de vista, la razón de la exención sería la misma que explica el trastorno mental transitorio. Pero con ello se vendría a convertir la eximente de miedo insuperable en una inútil modalidad de trastorno mental transitorio, que ya produce el mismo efecto según el art. 20, 1º.

22 *b)* Por otra parte, tampoco debe concebirse la eximente del art. 20, 6º como una innecesaria variedad de la de estado de necesidad del art. 20, 5º. Esta posibilidad de interpretación tiene ahora aún menos sentido que bajo la vigencia del CP anterior, que limitaba la exención a los casos en que el miedo insuperable lo fuera de «un mal igual o mayor» —expresión que recordaba el requisito primero del estado de necesidad y cuya supresión en el actual CP debe aplaudirse en cuanto contribuye a diferenciar más adecuadamente las eximentes 5ª y 6ª—. Aunque también el miedo insuperable presupone un conflicto de intereses (entre el mal que amenaza y el que se causa para evitarlo), no cabe desconocer la diferencia que existe entre una causa de justificación como la prevista en el art. 20, 5º, basada objetivamente en la idea de la colisión de intereses, y otra —la del art. 20, 6º— que contempla una situación motivacional, como el miedo, que en sí misma sólo afecta a la imputación personal.

23 El espacio propio de la eximente de miedo insuperable sólo se encuentra concibiendo la eximente 6ª del art. 20 como una **causa de inexigibilidad**,[21] distinta tanto de las que excluyan la imputabilidad —como el trastorno mental transitorio— como del estado de necesidad del art. 20, 5º. No se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea excluida su imputabilidad, sino de que se halla sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable, esto es, que el hombre medio no superaría, por mucho que siga teniendo clara su conciencia y sea dueño de su voluntad. Ello basta para que concurra un «miedo insuperable». Por otra parte, tampoco ha de desconocerse que el miedo debe afectar a la responsabilidad penal del sujeto, esto es, debe excluir su normalidad motivacional. La problemática es aquí distinta a la del estado de necesidad del art. 20, 5º, que, según la interpretación que acogemos, es siempre una causa de justificación. El art. 20, 5º se basa en la teoría de la colisión hegeliana: ante la colisión de dos intereses, actúa correctamente (justificadamente) quien salva uno de ellos sin causar un mal mayor en el otro. No importa entonces la presencia de un conflicto psicológico que afecte a la normalidad motivacional del sujeto, como lo demuestra que la eximente abarque al auxilio necesario de cualquier tercero ajeno a los bienes en colisión. La eximente de miedo insuperable sí exige, en cambio, que la amenaza suponga una situación motivacional plenamente anormal, en el sentido de insuperable para una persona normal. En contrapartida no ha de requerir que el conflicto de intereses se resuelva de forma objetivamente justificada.

24 Entendida como causa de inexigibilidad, la eximente sexta del art. 20 debe limitarse a través del criterio de lo exigible al hombre medio en la situación concreta del autor.

---

20. Éste es el punto de vista de muchas sentencias del TS: cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, p. 336; Cuello Calón, PG, p. 559. Más recientemente SSTS 20 sept. 95 y 25 dic. 95. La STS 24 febr. 2000 cita muchas otras en este sentido. También acogían esta concepción autores como Silvela, Derecho penal II, pp. 246 ss., y Jiménez de Asúa, Tratado VI (1962), p. 905.

21. Entienden el miedo insuperable como causa de inexigibilidad: Sáinz Cantero, Exigibilidad, pp. 134 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 615; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 698. Ver SSTS 2067/2002 de 13 dic., 156/2003 de 10 febr., 722/2003 de 12 mayo, 340/2005 de 8 mar., 180/2006 de 16 febr. y 783/2006 de 29 jun.

2. *Análisis*[22]

A) *El miedo insuperable*

25 Puesto que, como se ha visto, la presente eximente no debe entenderse como causa de inimputabilidad, el miedo no tiene por qué llegar a consistir en una situación subjetiva cuya vivencia prive al sujeto de su lucidez o fuerza de voluntad, al modo de una especie de trastorno mental transitorio.[23] Miedo no ha de entenderse como «terror». **Basta que concurra un *temor* insuperable**.[24] Lo decisivo será, pues, el carácter insuperable o no de dicho temor (842/2005 de 28 jun.). Será insuperable en sentido estricto, cuando no pueda superarse su presión motivadora ni dejarse, por tanto, de realizar bajo su efecto la conducta antijurídica. Pero, si no se admite el libre albedrío ni el «poder actuar de otro modo» como fundamento de la responsabilidad penal, habrá que buscar algún otro criterio que permita evitar la pregunta de si el sujeto podía o no podía superar el miedo y, por tanto, si podía actuar de otro modo. El Tribunal Supremo maneja un criterio que hace posible obviar esta cuestión cuando exige que el miedo sea de tal entidad que *el hombre medio*, «el común de los hombres» no lo hubiese resistido.[25] Este punto de vista es admisible siempre que se sitúe al hombre medio *en la posición del autor*: imaginándolo en todos sus conocimientos y condiciones personales, físicas y mentales, salvo en aquello que pudiera privarle de la normalidad de *criterio* propia del hombre medio. Así, habría que preguntar si este hombre medio hubiera resistido al miedo caso de haber tenido la edad, sexo, la cultura, la experiencia, el oficio, etc. del autor, si lo hubiera hecho de haber conocido como éste la situación o de haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, después de haberse producido una serie de atentados en aquella zona, etcétera. En cambio, no habrá que tener en cuenta características patológicas del autor, como neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante circunstancias en que el hombre normal lo superaría. Sucede aquí que ya ha de entrar en juego el trastorno mental transitorio excluyente, en su caso, de la imputabilidad. La eximente de miedo insuperable ha de reservarse, según su naturaleza, para los casos en que no sería exigible al hombre medio

---

22. La doctrina del TS sobre el miedo insuperable se resume en la STS 26 febr. 86. Ver también STS 24 febr. 2000 y, en drogas, 11 febr. 2001, 3 dic. 2001.

23. En contra de lo que suele mantener el TS cfr. supra nota 20.

24. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 700, observan atinadamente que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el «miedo» puede entenderse perfectamente como «recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que desea», sin necesidad de exigir una «perturbación angustiosa del ánimo».

25. Así las SSTS 1095/2001 de 16 jul., 790/2002 de 7 mayo, 2067/2002 de 13 dic., 156/2003 de 10 febr., 722/2003 de 12 mayo, 340/2005 de 8 mar., 180/2006 de 16 febr. y 783/2006 de 29 jun. Sobre eximente incompleta de miedo insuperable ver SSTS 2067/2002 de 13 dic., 1277/2002 de 5 jul., 156/2003 de 10 febr., 541/2003 de 9 abr., 722/2003 de 12 mayo, 30/2004 de 23 en., 322/2005 de 11 mar., 783/2006 de 29 jun. y 81/2007 de 12 febr. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, pp. 336 ss.

actuar conforme a Derecho. Fuera de estos casos sólo cabe eximir en la medida en que falte la imputabilidad por razones personales.

26 No es admisible la dirección jurisprudencial que considera *superable* el miedo cuando el que lo sufre se defiende y acomete al causante, tomando este dato como indicio de que el autor se sobrepone al miedo (ver p. ej., STS 13 jun. 47). Precisamente, una de las aplicaciones de la eximente ha de poder tener lugar en caso de exceso extensivo en la defensa. Otra corriente de la jurisprudencia admite correctamente en tales casos la exención.[26]

B) *El miedo causado por error*

27 Una vez suprimido el requisito que exigía el anterior CP de que el miedo insuperable lo fuera de «un mal igual o mayor», deja de ser necesario, para que concurra efectivamente la eximente, que exista o no realmente la amenaza que origina el miedo. Lo único que se exige ahora es la existencia de miedo insuperable. El **error** sobre la apreciación del mal amenazante —así, cuando el sujeto cree que concurre cuando no concurre— puede determinar la misma situación de anormalidad motivacional en el sujeto exigida para la exclusión de responsabilidad penal. Siendo así, no hay más remedio que entender que también entonces faltará la posibilidad de imputar penalmente el hecho al sujeto en el momento de actuar.

28 Ello no se opone al principio según el cual el **error sobre la responsabilidad penal (**el llamado **«error sobre la culpabilidad»**) es irrelevante. Pero una cosa es que el sujeto yerre sobre si se halla o no en las condiciones motivacionales requeridas para la responsabilidad penal —así, es irrelevante que el sujeto crea que sufre una enfermedad mental grave si no la sufre— y otra bien distinta, que el enjuiciamiento equivocado de la situación —así, la suposición errónea de una amenaza— provoque una *efectiva* falta de las condiciones motivacionales que exige la responsabilidad penal. El mismo principio según el cual lo único importante es si concurren o no realmente las condiciones motivacionales necesarias, conduce a tratar de forma distinta ambas clases de error —el error *sobre* la responsabilidad penal y el error *que origina* una situación de falta de responsabilidad penal—. Mientras que el primero es irrelevante, el segundo no puede dejar de estimarse como motivador de una situación de falta de responsabilidad penal.

29 Sin embargo, habrá que entender aplicables también aquí los principios de la **doctrina de la *actio libera in causa***, acogidos en los números 1º y 2º del art. 20 (cfr. Lec. 23, I 4). Según estos principios, no deberá eximirse si el miedo, aun insuperable en el último momento, se hubiere provocado queriendo ampararse en él para cometer el delito o pudiendo y debiendo prever su comisión. No

26. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, p. 347. Más rechazable aún, si cabe, esta exigencia que en ocasiones efectúa el TS de que el «mal» se refiere a una agresión y de que no haya sido provocada por el sujeto: cfr. también Córdoba Roda, loc. cit., p. 346.

hay razón para dejar sin castigo la conducta dolosa o imprudente anterior que acaba causando un resultado típico objetivamente imputable. Es lo que sucede precisamente cuando era *vencible* el error que motiva el miedo insuperable. En este caso, como la provocación es sólo imprudente, no podrá castigarse por delito doloso, aunque el hecho realizado bajo el miedo sea doloso, sino sólo por delito imprudente y solamente, claro está, si la ley castiga éste expresamente.

Lo dicho me parece extensible a todo error *que motive* una situación de falta **30**
de motivabilidad normal, con independencia de que ésta se deba a una causa exculpante o a inimputabilidad. Sólo si es invencible conducirá a la impunidad.

Lección 25.
LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Bibliografía

Alonso Álamo, El sistema de circunstancias del delito, 1982; *Alonso Fernández*, Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código penal, 1999; *el mismo*, Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad. Análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación, 1999; *Altés*, Algunas reflexiones sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el CP de 1995, en A.A.V.V., Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. J. R. Casabó, 1997, pp. 79 ss.; *Álvarez*, Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21, 5 CP), CPC, nº 61 (1997); *Bacigalupo*, La individualización de la pena en la reforma penal, RFDUC monográfico 3 (1980), pp. 55 ss.; *Baeza Avallone*, El arrepentimiento espontáneo, CPC 9 (1979), pp. 3 ss.; *Borja*, Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español, 2002; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2ª ed., 1974; *Boldova*, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva; *Castro*, El error sobre las circunstancias atenuantes, 2003; *Cobo del Rosal*, «Praeter intentionem» y principio de culpabilidad, ADPCP 1965; *el mismo*, Consideraciones sobre las atenuantes de «arrebato u obcecación» y «provocación y amenaza adecuada», en Anales de la Univ. de La Laguna, 1968; *el mismo*, Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 CP español, en Homenaje al Prof. Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 433 ss.; *Concas*, Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi, Archivio penale 1974; *Contento*, Introduzione allo studio delle circostanze del reato, 1963; *Córdoba Roda*, Las eximentes incompletas en el CP, 1966; *Cuerda Arnau*, Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, 1995; *Díez Ripollés*, Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el art. 60 CP español, ADPCP 1977; *el mismo*, La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, ADPCP 1979; *el mismo*, Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de CP de 1992, en La Ley, 30 abr. 93 (nº 3250), pp. 1 ss.; *Domínguez Izquierdo*, La "nueva" atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, en CPC (102) 2010; *Galain Palermo*, La reparación del daño a la víctima del delito, 2010; *García Arán*, Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, 1982; *Garro*, Reparación del daño e individualización de la pena, 2005; *Garro Carrera/Asua Batarrita*, Atenuantes de reparación y de confesión, 2008; *González Cussac*, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 1988; *González Rus*, La embriaguez..., CPC 18 (1982), pp. 441 ss.; *el mismo*, Imputabilidad disminuida. Determinación y ejecución de penas y medidas de seguridad, AP 1999-1, pp. 21 ss.; *Huerta Tocildo*, ¿Hacia una nueva interpretación de la atenuante séptima del artículo noveno?, CPC 2 (1977); *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), pp. 255 ss.; *Luzón Peña*, Medición de la pena y sustitutivos penales, 1979; *Manjón-Cabeza*, La atenuante analógica de dilaciones indebidas, 2007; *Maqueda Abreu*, El error sobre las circunstancias..., CPC 21 (1983), pp. 699 ss.; *Marini*, Le circostanze del reato, Parte generale, 1965; *Marín de Espinosa*, La circunstancia

atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, en RDPC (6) 2011; *Martínez Val*, El arrepentimiento espontáneo, RGLJ 1957; *Matallín*, La circunstancia atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, 1999; *Mir Puig*, La reincidencia en el CP, 1974; *el mismo*, Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto de CP, RFDUC monográfico 3 (1980); *el mismo*, Sobre la relación entre parricidio y asesinato, ADPCP 1988, pp. 987 ss; *Muñoz Cuesta/Arroyo/Goyena*, Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995, 1997; *Orts Berenguer*, Atenuante de análoga significación, 1978; *el mismo*, Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de CP de 1980, CPC 14 (1981), pp. 245 ss.; *el mismo*, La atenuante de estado pasional, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 275 ss.; *Otero*, La circunstancia atenuante analógica en el CP de 1995, 2003; *Otero/Castro*, La atenuante analógica tras las reformas del CP por LO 11/2003 y LO 15/2003, en La Ley Penal, nº 27, 2006, pp. 22 ss.; *Pérez Alonso*, Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, 1995; *Pérez-Curiel*, Tratamiento penal del drogodependiente. Análisis práctico de las eximentes y atenuantes del CP de 1995, 1999; *Pozuelo*, Las atenuantes 21.4ª y 21.5ª del actual CP, CPC (65) 1998, pp. 403 ss.; *Quintero Olivares/Muñoz Conde*, La reforma penal de 1983, 1983; *Rivacoba*, Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal..., en AA.VV., Estudios de Derecho penal y criminología, UNED, 1989, t. II, pp. 183 ss.; *Rodríguez Mourullo*, La atenuante de preterintencionalidad, ADPCP 1970; *Ruiz Vadillo*, La atenuante por analogía en el CP español según la jurisprudencia del TS, Información Jurídica 310 (1971), pp. 7 ss.; *Salinero*, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal, 2000; *Santoro*, Le circostanze del reato, 2ª ed., 1952; *Silva*, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación», RPJ, nº 45, 1997; *De Sola Dueñas*, Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento, ADPCP 1971, pp. 417 ss.; *Toscano Tinoco*, Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica, en RDPC (10) 2013; *De Vicente Remesal*, El comportamiento postdelictivo, 1985.

I. Las circunstancias modificativas en general

1 1. Es característico de los Códigos penales españoles que prevean en la Parte General una serie de **«circunstancias atenuantes»** y **«circunstancias agravantes»** que tienen el efecto de disminuir o aumentar la pena con arreglo a ciertas reglas legalmente establecidas.[1] En el Código vigente se prevén en los arts. 21 —atenuantes—, 22 —agravantes— y 23 —que contiene una circunstancia mixta, que puede atenuar o agravar la pena según los casos.

2 2. Las circunstancias modificativas son **elementos accidentales del delito**, en el sentido de que de ellos no depende el *ser* del delito, sino sólo su *gravedad*.[2] Pero conviene hacer dos precisiones. La *primera* es que las circunstancias atenuantes y agravantes en sentido estricto —las previstas en los arts. 21 a 23 CP— no son los únicos elementos accidentales de los cuales depende la gravedad del hecho. En la Parte Especial (Libros II y III) el Código describe numerosos elementos que elevan o disminuyen la pena. Los llamaremos **«elementos típicos**

1. Esto distingue a los Códigos españoles y a los que se inspiran en ellos, de otros sistemas legislativos, como el francés y el alemán, que prevén circunstancias modificativas en los concretos delitos de la Parte Especial, con un significado distinto al de nuestras «circunstancias». En su Parte General el StGB alemán se limita a indicar una serie de criterios que el Juez debe tener en cuenta al determinar la pena, pero sin efectos legalmente tasados. Cfr. sobre todo esto: Alonso Álamo, El Sistema, pp. 63 ss., 752 ss.; González Cussac, Teoría, pp. 35 ss. En favor de modificar el sistema español en la dirección del alemán Bacigalupo, RFDUC 1980, pp. 65 s.

2. Así Antón Oneca, PG, p. 323.

accidentales».[3] Su diferenciación respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes es necesaria porque existen ciertas normas que el Código destina sólo a éstas (véanse arts. 65 y ss.). La *segunda* precisión es que la expresión «elementos accidentales» con que calificamos a las circunstancias modificativas no significa sólo que su concurrencia no sea necesaria para la presencia de un delito. Algunos elementos esenciales del delito, como el dolo o el resultado, pueden también dejar de darse sin que deje de concurrir un delito (que podrá ser imprudente o de mera actividad, respectivamente). Mas estos elementos son esenciales en los delitos en que los exige la ley, mientras que las circunstancias nunca son exigidas por la ley para que concurra un delito, sino sólo para que el delito vea modificada su gravedad.

3 Que las circunstancias modificativas sean elementos accidentales del delito por afectar no a su presencia, sino sólo a su gravedad o cantidad, no impide que afecten a elementos esenciales del delito, aumentando o disminuyendo su cantidad. Así, por ejemplo, es evidente que la imputabilidad resulta disminuida cuando concurre la atenuante de adicción o la de estado pasional (art. 21, 2ª y 3ª CP). Del mismo modo, aunque las eximentes incompletas afectan al injusto o su imputación personal, sólo determinan una disminución del *quantum* de gravedad de estos elementos, sin dar lugar a un cambio de delito.[4] Aunque existe alguna circunstancia modificativa que no incide en el injusto ni en su imputación personal, como las de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño (art. 21, 4ª y 5ª CP), son más numerosas las que sí lo hacen.

4 3. Se discute si las circunstancias modificativas han de estudiarse **en el seno de la teoría del delito o dentro de la teoría de la pena**. El segundo es el camino seguido en Alemania, mientras que el primero es el usual en España.[5] Éste tiene la ventaja de que vincula a la teoría del delito la determinación de la pena por razón de circunstancias. La determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito. Es comprensible que las circunstancias que aumentan o disminuyen la cantidad de injusto penal o la posibilidad de imputación personal del hecho

3. No todos estos elementos poseen la misma significación. Mientras que algunos determinan un marco penal distinto (así, conduciendo a una pena inferior o superior en grado), otros se limitan a graduar la misma pena básica (así, determinando su imposición en la mitad superior o inferior). Según Alonso Álamo, El sistema, pp. 274 ss., 755 ss., en el segundo caso cabe hablar de verdaderas «circunstancias», que esta autora denomina «especiales», mientras que sólo en el primer caso se darían «delitos cualificados» o «privilegiados». Al segundo grupo le serían aplicables reglas previstas para las circunstancias de la Parte General (así, cabría «compensar» unas con otras): Cfr. sobre esto Alonso Álamo, CPC 1983, pp. 6 ss. En contra de las distinciones propuestas por esta autora, Cfr. Maqueda, CPC 1983, pp. 705. Quedan fuera, en cualquier caso, del concepto de «elemento típico accidental» los que dan lugar a «delitos sui generis» (figuras de delitos distintos e independientes), porque para éstos tales elementos son esenciales.

4. González Cussac, Teoría, p. 96, incluye estos casos en un concepto «débil» de circunstancias, mientras que reserva el concepto «fuerte» de las mismas para los casos en que no es la antijuridicidad ni la culpabilidad lo que resulta afectado, sino sólo la mayor o menor necesidad de tutela penal, por razones político-criminales (sobre esto último, pp. 145 s., 149).

5. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 657. Estudian, en cambio, las circunstancias modificativas en la teoría de la pena Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 873 ss. También en esta otra línea González Cussac, Teoría, pp. 120 s., 145 ss.

agraven o atenúen la pena.[6] De ahí que importe decidir qué circunstancias afectan al injusto penal y cuáles a su imputación personal.

5 Cuestión distinta es la de si, *además* de por razón de una modificación de la gravedad del delito, cabe también graduar la pena en atención a consideraciones relacionadas con la finalidad preventiva de la pena externas al hecho cometido, como son determinadas conductas posteriores al delito y las expectativas de comportamiento futuro del delincuente. Esta cuestión debe responderse afirmativamente, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, como ponen de manifiesto las atenuantes de arrepentimiento espontáneo y de reparación del daño (art. 21, 4ª y 5ª CP), y según ha de verse al estudiar las reglas de determinación de la pena, dentro de la teoría de la pena.

6 Ahora bien, mientras que las circunstancias modificativas afectan normalmente al delito en su gravedad, los *efectos* que la ley les atribuye sobre la pena corresponden siempre a la teoría de la pena, dentro de la cual han de contemplarse las reglas de determinación de la pena.

7 4. Según el **art. 65, 1 CP**, «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran», mientras que, según el **nº 2** del mismo artículo, «las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». Se establece, pues, el principio de que **las circunstancias personales no son comunicables** a los intervinientes en quienes no concurren y, en cambio, **las circunstancias objetivas son comunicables** a todos los que las conozcan. Son reglas aplicables a los casos de **codelincuencia**, en los cuales se plantea la cuestión de si la circunstancia realizada por uno de ellos es o no comunicable a los demás **(comunicabilidad de las circunstancias modificativas)**.

8 *Ejemplos:* Si sólo uno de los coautores es reincidente (art. 22, 8ª CP) no podrá comunicarse esta circunstancia a los demás, aunque la conozcan, porque es una causa personal. En cambio, si uno de los coautores emplea disfraz (art. 22, 2ª. CP), tal circunstancia agravará la pena de todos los demás coautores que la conozcan.

9 Estas reglas previstas por el art. 65 se refieren sólo a las circunstancias atenuantes o agravantes en sentido estricto (arts. 21 a 23 CP), por lo que *no son*

6. Salvo las atenuantes de confesión de la infracción y reparación del daño (art. 21, 4ª y 5ª CP), que responden a otras finalidades político-criminales: cfr. infra, II 2 C.

aplicables directamente a los «elementos típicos accidentales» previstos en la Parte Especial.[7]

10 Era incorrecta la posición jurisprudencial y doctrinal que acudía al anterior art. 60 CP (precedente del actual art. 65) para resolver casos como los del extraño que inducía al hijo a matar a su padre y viceversa en el sentido de castigar al extraño por asesinato (u homicidio) y al hijo por parricidio, aplicando la regla de la incomunicabilidad de las circunstancias personales. Este problema concreto ha dejado de plantearse en el actual CP, porque el parricidio ha desaparecido como tipo de delito. Sin embargo, se seguirá planteando en otros casos de **delitos especiales impropios**. En estos delitos los elementos especiales de autoría (como el ser funcionario, p. ej.) no son verdaderos elementos *accidentales*, puesto que de ellos depende no sólo la *gravedad* del delito, sino la propia *presencia* de uno u otro delito. Su tratamiento depende de las reglas generales de la teoría de la codelincuencia y del principio de accesoriedad de la participación (cfr. supra, Lección 15, II 3 C). Téngase en cuenta, por lo demás, que la LO 15/2003 añadió un apartado 3 al art. 65 CP que relaja el rigor del principio de accesoriedad en los delitos especiales, permitiendo en ellos imponer la pena inferior en grado al inductor y al cooperador necesario en quienes «no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor».

11 Cuando se trate de verdaderos elementos típicos accidentales (porque no hagan variar la calificación del delito, sino sólo su gravedad), su comunicabilidad dependerá no del art. 65, sino de una interpretación conforme al sentido material del elemento accidental correspondiente. Así, cuando afecte al *desvalor del resultado* podrá entenderse comunicable si se conoce, mientras que si se refiere a la *intención, motivación, actitud interna u otra causa personal* podrá considerarse intransferible.

12 *Ejemplos:* La comisión del robo en casa habitada prevista en el art. 241, es un elemento propiamente accidental (porque no cambia la calificación del robo) que afecta al desvalor del resultado y debe entenderse comunicable. En cambio, ha de considerarse incomunicable el ser ascendiente por naturaleza o adopción en los delitos de suposición de parto, de alteración de la paternidad, estado o condición del menor previstos en el art. 220, porque es una condición personal.

13 5. Declara el **art. 67 CP** que las reglas del art. 66 sobre determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias genéricas «no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse». Se incluyen aquí un caso de **inherencia expresa** y otro de **inherencia tácita**.[8]

---

7. Vid. en este sentido los autores citados supra, en la Lec. 15 II 3 C. En contra recientemente Maqueda, CPC 1983, pp. 711 ss. Que el art. 65 sólo se refiere a circunstancias de la Parte General se desprende de los arts. 66 ss. CP. Quedan fuera del concepto de circunstancias manejado por estos artículos las que sirven para determinar previamente la penalidad típica (sobre cuya base operarán las reglas del art. 66 y demás de esta Sección).

8. Rodríguez Devesa, PG p. 663. Pero la doctrina no ha advertido que el anterior art. 59 I (como el actual art. 67) prohibía la solución tradicional que aprecia como agravantes genéricas elementos típicos

14 Según la *letra* de la ley, para que se dé el último supuesto no basta que *normalmente* no pueda cometerse el delito sin la circunstancia, ni que ésta sea necesaria *en el caso concreto*.[9] En realidad, la ley exige más: que el delito no pueda cometerse *nunca*. Esto ni siquiera sucede, p. ej., en el delito de quebrantamiento de condena, que no necesariamente implica incurrir en la circunstancia de reincidencia. No obstante, en este caso, el TS niega la aplicabilidad de la reincidencia. Ahora bien, si esta solución de la jurisprudencia no puede fundarse en el art. 67 (ni en su antecedente el anterior art. 59), sí cabe mantenerla en base al **principio de consunción**, uno de los que presiden la teoría del concurso de leyes, que ha de poderse aplicar también a las circunstancias modificativas[10] (cfr. *infra*, Lección 28).

15 La jurisprudencia y la doctrina condicionan también la aplicación conjunta de dos o más circunstancias a que sean ***compatibles*** entre sí.[11] Se entiende que no son compatibles cuando *una de ellas implica la otra*. Así, p. ej., la agravante de abuso de superioridad puede considerarse incompatible con la de alevosía, pues aquélla puede verse como una especie de ésta.

16 6. Sobre el **error** en las circunstancias modificativas y elementos típicos accidentales cfr. *supra*, Lección 10, II 2 B.

II. Circunstancias atenuantes

17 En el CP son circunstancias atenuantes *(stricto sensu)* las previstas en el art. 21. Cabe distinguir, por de pronto, las eximentes incompletas a que se refiere el art. 21, 1ª, las circunstancias 2ª a 6ª del mismo artículo y, por último, las atenuantes analógicas a las anteriores, permitidas expresamente por el art. 21, 7ª.

1. *Eximentes incompletas*

18 *A)* Como ha habido ocasión de ver con relación a las eximentes, según el **art. 21, 1ª CP** son circunstancias atenuantes[12] (privilegiadas porque atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias) «las causas expresadas en el capítulo

---

de delitos contra la vida. Así, aquel precepto se oponía a calificar como asesinato con la agravante de parentesco la muerte del pariente prevista en el anterior art. 405 con algún elemento cualificativo del asesinato. La única solución correcta era apreciar en este caso concurso ideal de delitos (parricidio y asesinato) —del mismo modo que se aprecia concurso ideal de asesinato y atentado, y no asesinato con la agravante de ofensa de la autoridad—. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1988, pp. 995 ss. Esta cuestión concreta ha desaparecido en el actual CP al suprimirse el delito de parricidio.

9. Argumenta convincentemente en contra de la jurisprudencia, que considera suficiente para la inherencia tácita la necesidad en el caso concreto, Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 58 s.

10. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 162 ss., 331 s. Sitúa también el problema de la inherencia de circunstancias en el ámbito del concurso de leyes y de la consunción Antón Oneca, PG p. 462.

11. Cfr. p. ej., Antón Oneca, PG p. 324.

12. Considera que las eximentes incompletas no son en realidad «circunstancias en sentido estricto» Alonso Álamo, El sistema, pp. 194 ss. Pero es evidente que según la terminología de la ley, «son circunstancias atenuantes», como afirmaba antes el art. 9 y ahora el 21 CP.

anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».

19 Esta fórmula es una variante de la del anterior art. 9, 1ª, que procedía de 1963, en que se volvió a la formulación de 1848. Entre tanto se ha producido una cierta evolución jurisprudencial y doctrinal:[13]

20 a) En un principio, la jurisprudencia se limitó a aplicar el art. 9, 1ª a aquellas eximentes a las que la ley exige *expresamente varios requisitos* (la legítima defensa y el estado de necesidad).

21 b) Más tarde se cambió de criterio, aceptándose paulatinamente, aunque no sin contradicciones, *en otras eximentes* (p. ej., en la enajenación), además de en las antes referidas. Ello venía abonado por la opinión de Pacheco y Groizard, por una parte, y Silvela (con menor amplitud), por otra, que distinguían tres grupos de eximentes: 1º) Las que consisten en un *hecho indivisible*, como la minoría de edad penal; 2º) Las que *pueden fraccionarse o graduarse* aunque la ley no lo haya hecho, como el miedo insuperable; 3º) Las que se hallan *fraccionadas por la ley*, como la legítima defensa. Las primeras no podrían estimarse en forma incompleta, pero sí las de los dos grupos siguientes.

22 c) En 1932 se quiso acabar de ampliar la aplicación del art. 9, 1ª, diciendo «las expresadas en el capítulo anterior...». Así se mantuvo en 1944. Mas a tal formulación se oponía la evidente imposibilidad de apreciar como incompletas las eximentes de caso fortuito (art. 8, 8º) y de minoría de edad (art. 8, 2º), puesto que el art. 64 remitía al 565 cuando faltara alguno de los requisitos del artículo 8, 8º, y el propio art. 9, 3º prevé como atenuante la edad de 16 a 18 años. Por eso se volvió a la fórmula originaria. El actual art. 21, 1ª ha introducido la palabra «causas» —empleada ahora en lugar de la de «circunstancias» para designar a las eximentes— y el adjetivo «todos» referido a «los requisitos».

23 *B)* Al examinar en esta obra las distintas eximentes, primero las que justifican y luego las que impiden la imputación personal, se ha ido diciendo cuáles permiten su apreciación incompleta y qué requisitos exigen para ello. Baste aquí recordar el **principio general**: es preciso que, faltando algún requisito *no fundamental* de la eximente, subsistan los que sustentan su base. Sin éstos ya no podría decirse que se trata de la *misma* causa incompleta (así, si no hay agresión ilegítima no puede hablarse de defensa incompleta porque no hay defensa alguna). Que, desde luego, no pueden faltar todos los requisitos de la eximente, sino que ésta debe concurrir de forma parcial, lo abona ahora el adjetivo «todos» referido a la expresión «los requisitos necesarios», que se ha introducido en la fórmula actual del art. 21, 1ª: «cuando no concurrieren *todos* los requisitos necesarios para eximir...» significa, evidentemente, que no han de concurrir todos, pero sí alguno (SSTS 1312/2004 de 10 nov., 613/2005 de 11 may., 21/2005 de 19 en., 1499/2004 de 16 dic., 1121/2005 de 3 oct.).

24 En relación con las causas de justificación, su apreciación incompleta según el art. 21, 1ª está pensada, en principio, para los casos de actuación *dolosa*, y la atenuación operará sobre la base del hecho doloso. Pero también puede estimarse sobre la *imprudencia*, cuando el exceso se produce sin intención y da

13. Sobre esta evolución vid. Córdoba Roda, Comentarios I, pp. 408 s.; Rodríguez Devesa, PG pp. 666 s.; García Arán, Criterios, pp. 127 s.

lugar a un tipo imprudente expresamente previsto por la ley, o incluso quedar descartada por ser *fortuito* el exceso y proceder la exención.[14]

25 Respecto a las causas que impiden la imputación personal, baste recordar aquí, por una parte, que su estimación incompleta requiere que se produzca en forma no plena pero *notable* el efecto psicológico correspondiente que afecta a la normal motivación del sujeto, y, por otra parte, que junto a la pena atenuada pueden imponerse medidas de seguridad con arreglo al «sistema vicarial» (cfr. *supra*, Lecciones 22, II 3 D, y 23, III 2 B).

2. *Las atenuantes ordinarias*

26 *A*) Llamamos ordinarias a las atenuantes contempladas como circunstancias 2ª a 6ª, porque ni tienen la naturaleza y efectos especiales de las eximentes incompletas ni requieren el recurso a la analogía como las analógicas del art. 21, 7ª. Se acostumbra a estudiarlas siguiendo su orden legal. En un estudio evolucionado de la teoría del delito que distinga claramente injusto e imputación personal es preferible clasificar las atenuantes atendiendo a esta división sistemática.[15] Sólo así se mantiene, además, la necesaria coherencia con el tratamiento doctrinal de las eximentes, que se distinguen según su naturaleza dogmática y no según su orden en el art. 20. Por otra parte, es importante penetrar en el sentido material de las atenuantes para decidir su *compatibilidad* entre sí y cuáles pueden ser análogas a ellas.

27 Disminuyen la posibilidad de **imputación personal** del hecho, por disminuir la **imputabilidad**, las atenuantes de adicción (art. 21, 2ª) y de estado pasional (art. 21, 3ª).

28 Las atenuantes de confesión de la infracción (art. 21, 4ª.) y de reparación del daño (art. 21, 5ª) disminuyen la pena por un **comportamiento posterior al hecho**, por lo que no influyen ni en su injusto ni en su imputación personal. Constituye asimismo una circunstancia posterior al delito la prevista ahora en el art. 21, 6ª CP.

B) *Atenuantes que disminuyen el grado de imputación personal*

a) *La adicción como atenuante*

29 Según el **art. 21, 2ª**, es circunstancia atenuante «la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del

14. Efectúa este planteamiento con relación a los distintos casos de exceso en el uso de la fuerza por parte de la autoridad Córdoba Roda, Comentarios I, p. 377.

15. Cfr. en este sentido Alonso Álamo, El sistema, pp. 342 ss. En contra, González Cussac, Teoría, pp. 120 s.

artículo anterior». Las sustancias mencionadas en el art. 20, 2º son «bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos». Del mismo modo que el art. 20, 2º toma en consideración para eximir tanto la intoxicación aguda producida por el consumo de estas sustancias, como el síndrome de abstinencia, habrá que admitir estas dos causas también para atenuar la pena, cuando produzcan efectos insuficientes para excluir la imputabilidad y para dar lugar a una eximente incompleta (SSTS 853/2001 de 16 may., 1681/2003 de 11 dic., 327/2004 de 4 mar. y 524/2005 de 27 ab.). «Actuar a causa de su grave adicción» puede incluir tanto la actuación en estado de intoxicación causada por la adicción, como la que tiene lugar por un síndrome de abstinencia menor. Es curioso, sin embargo, que justo al contrario de lo que sucedía en el CP anterior, que sólo consideraba atenuante la embriaguez *no habitual,* ahora no atenuará la pena la embriaguez u otra intoxicación que no sea causada por una grave adicción.

Se funda esta circunstancia en una disminución de la imputabilidad. Si la disminución es muy notable, procede la estimación de una **eximente incompleta**. La atenuante 2ª queda para los casos de menor influencia en la imputabilidad. **30**

b) *Estado pasional (art. 21, 3ª)*

Es circunstancia atenuante «la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato u obcecación u otro estado pasional de entidad semejante». **31**

Esta redacción modifica la del anterior art. 9, 8ª CP. Ésta, a su vez, procedía de la Reforma Urgente y Parcial de 1983, que suprimió las atenuantes anteriormente existentes de «haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido» (anterior art. 9, 5ª, que quedó sin contenido), y de «vinculación próxima de una ofensa grave» (ant. 9, 6ª, que quedó sin contenido). Al texto anterior del art. 9, 8ª, que sólo se refería al arrebato u obcecación, se añadió el inciso final de «u otro estado pasional de semejante entidad». Según la Exposición de Motivos de la Reforma, la razón de estas modificaciones fue sólo «el propósito de simplificar ciertas disposiciones que en el Código actual resultan innecesariamente complejas, cuando no tautológicas entre sí». Se quiso reducir a una sola fórmula las tres atenuantes, que los reformadores juzgaron referidas únicamente a estados emotivos.[16] Sin embargo, la atenuante de provocación también podía verse relacionada con la legítima defensa y con su fundamento relativo al injusto, y la atenuante de vindicación próxima podía igualmente considerarse reflejo de una antigua valoración social que reputa objetivamente menos grave el hecho realizado para vengar una ofensa. Estos matices se han perdido. **32**

La actual redacción suprime el adverbio «naturalmente» que antes había de caracterizar el modo de producción del arrebato, obcecación o estado pasional. **33**

16. Cfr. Quintero Olivares, Reforma, pp. 88 s.

34 El **fundamento** de esta atenuante es una disminución de la imputabilidad (SSTS 1301/2000 de 17 jul., 1535/2000 de 2 oct., 1766/2001 de 5 oct., 1642/2001 de 20 sept., 1483/2000 de 6 oct., 1766/2001 de 5 oct., 1989/2001 de 22 oct., 256/2002 de 13 febr., 889/2002 de 20 mayo, 1696/2002 de 14 oct., 1802/2002 de 4 nov., 209/2003 de 12 febr., 399/2003 de 13 mar., 845/2004 de 30 jun., 877/2004 de 12 jul., 357/2005 de 20 abr., 1147/2005 de 13 oct., 18/2006 de 19 en., y 904/2007 de 8 nov.). Supone, en efecto, un arrebato u obcecación, o un estado pasional de semejante entidad. Ello nada tiene que ver con la *valoración* que merezcan los motivos, sino sólo con su intensidad, pues no nos movemos ahora en el ámbito del injusto, sino en el de la imputación personal. De ahí que resulte criticable la dirección jurisprudencial que requiere que el arrebato u obcecación no haya sido causado por una conducta lícita de la víctima.

35 El **arrebato** debe distinguirse de la **obcecación** como la emoción de la pasión. Son célebres las imágenes que empleó Kant para diferenciarlas: la emoción es el agua que rompe con violencia el dique para enseguida esparcirse, mientras que la pasión es el torrente que excava su lecho y en él se encauza. La emoción es súbita (así la ira), la pasión es pertinaz (así, la envidia, los celos). Éste era el sentido expreso de la contraposición de arrebato y obcecación en el Código de 1928, que se refería al «arrebato momentáneo y obcecación pertinaz». Entre los «estados pasionales» habrá que poder seguir incluyendo los casos de **provocación y vindicación próxima** antes previstos en los en su día derogados números 5º y 6º del art. 9 del anterior CP.

36 Los Códigos anteriores requerían que el arrebato u obcecación, como los demás estados pasionales, tuvieran lugar por **motivos** tan poderosos que los produjeran «*naturalmente*». Se fijaba de este modo un límite que garantizase que no pudiera alegarse cualquier clase de excitación o de estado pasional, sino sólo aquéllos que se presentasen como comprensibles y creíbles a la vista de los motivos. El actual art. 21, 3ª ha suprimido el adverbio «naturalmente», pero sigue exigiendo «causas o estímulos tan poderosos que hayan producido» un estado pasional que, como el arrebato o la obcecación, tenga la entidad suficiente para disminuir la imputabilidad.

37 El adverbio «naturalmente» había dado pie a una interpretación que distinguía el trastorno mental transitorio eximente de la presente atenuante según que la perturbación se debiese a motivos patológicos (trastorno mental transitorio) o *naturales* (atenuante ordinaria). Tal interpretación era rechazable. También era discutible la voluntad objetivadora que traslucía la exigencia de naturalidad, puesto que estamos frente a una atenuante por disminución de la imputabilidad y ésta es una cuestión puramente subjetiva. Por todo ello es plausible la eliminación del término «naturalmente».

38 Es evidente, por lo demás, que si el arrebato, obcecación u otro estado pasional llegan a excluir por completo la imputabilidad, darán lugar a la estimación de la eximente de **trastorno mental transitorio** (art. 20, 1º). Si la disminución de imputabilidad es muy considerable puede motivar la aplicación de una **eximente incompleta** (art. 21, 1ª, en relación con el art. 20, 1º).

C) *La confesión de la infracción (art. 21, 4ª) y la reparación del daño (art. 21, 5ª), como circunstancias posteriores al delito*

El **art. 21, 4ª** considera circunstancia atenuante «la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades».[17] La **atenuante 5ª** es «la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».[18] Estos preceptos tienen como antecedente el art. 9, 9ª del anterior CP, que contenía la llamada atenuante de arrepentimiento espontáneo. **39**

El **nº 9 del anterior art. 9** decía: «La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las Autoridades la infracción». **40**

El **fundamento** de estas atenuantes no puede verse en ninguna característica del delito, ya consumado, sino en la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño.[19] El CP actual ha separado ambos aspectos dando lugar a sendas atenuantes. Por otra parte, ha prescindido de determinados requisitos antes exigidos, con objeto de facilitar más los objetivos político-criminales señalados. **41**

Nada tiene que ver todo ello con lo injusto del hecho ya cometido ni con la posibilidad de imputarlo personalmente a su autor, puesto que se trata de datos posteriores a la comisión del hecho.[20] De ahí que estas atenuantes no puedan disminuir ni lo injusto ni la posibilidad de su imputación personal. **42**

La persecución del delito trata de facilitarse a través del **art. 21, 4ª**. Se sigue exigiendo que la confesión de la infracción a las autoridades tenga lugar antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra el sujeto. Sin embargo, esta **43**

17. Cfr. SSTS 22 jun. 2001, 13 febr. 2002, 8 mar. 2002.

18. Cfr. SSTS 12 febr. 2000, 27 mar., 9 abr. y 11 sep. 2001.

19. En este sentido respecto a la anterior atenuante 9ª: De Sola Dueñas, ADPCP 1971, p. 430; Orts Berenguez, Atenuante, p. 35 (citando a favor la STS 8 febr. 74); Quintero Olivares, Introducción, p. 275; García Arán, Criterios, p. 140. Algún autor admitía este fundamento político-criminal, pero al lado de la idea de disminución de la culpabilidad: así Antón Oneca, PG, p. 345. No faltaban tampoco autores que intentaban fundamentar la atenuante en una disminución de la culpabilidad. Así, Alonso Álamo, El sistema, p. 737. Vid. SSTS 100/2000 de 4 febr., 1422/2000 de 22 set., 1619/2000 de 19 oct., 624/2002, de 10 abr., 1002/2002 de 27 mayo, 1076/2002 de 6 jun., 1459/2002 de 10 set., 2068/2002, de 7 dic., 285/2003 de 28 feb., 615/2003 de 3 may., 663/2003 de 5 mayo, 1177/2003 de 12 set., 1352/2003, de 21 oct., 851/2004, de 24 jun., 1145/2004 de 11 oct., 1279/2004 de 28 oct., 140/2005 de 3 feb., 8/05 de 17 en., 476/2005, de 15 abr., 309/2006 de 16 mar., 9536/2006 de 3 may., 613/2006 de 1 jun. y 889/2007 de 24 oct.

20. Cfr., ampliamente, De Vicente, Comportamiento, pp. 349 ss.

fórmula es ahora algo distinta de la anterior: el art. 9, 9ª no aludía al momento de conocer «que el procedimiento judicial *se dirige contra él*», sino al de conocer «*la apertura* del procedimiento judicial». Ahora no basta conocer esta apertura, que podría no dirigirse contra el sujeto, sino contra otras personas. Pero la diferencia más importante respecto a la regulación anterior es que ha dejado de exigirse que la confesión tenga lugar «por impulsos de arrepentimiento espontáneo» (SSTS 100/2000 de 4 febr., 140/2005 de 3 febr., 476/2005 de 15 abr., 1421/2005 de 30 nov. y 888/2006 de 20 set.). Este requisito era esencial, hasta el punto de que daba nombre a la circunstancia, conocida como «atenuante de arrepentimiento espontáneo». Daba pie a una posible interpretación moralizante del fundamento de la atenuación que no era deseable.

44 Las **Autoridades** son las gubernativas o judiciales competentes en abstracto (no es precisa la competencia concreta) (sobre la distinción de competencia abstracta y concreta cfr. supra, Lección 18, II 3). La declaración tiene que ser veraz. Se discute si es precisa la presentación del sujeto y su puesta a disposición, lo que debe negarse, puesto que la ley sólo requiere la confesión.[21]

45 ¿Qué debe entenderse por **procedimiento judicial**? El TS había incluido las diligencias policiales, pero lo correcto es limitarlo al procedimiento judicial en sentido estricto.[22] Por otra parte, la jurisprudencia admitía la **atenuante analógica** respecto a la del anterior art. 9, 9º cuando, a pesar de conocer el sujeto la apertura del procedimiento judicial, eran grandes las posibilidades de no ser descubierto.[23] El actual art. 21, 4ª presupone el descubrimiento, al exigir un procedimiento judicial dirigido contra el sujeto, pero cabría considerar también un supuesto análogo la confesión efectuada tras conocer el sujeto la existencia de aquel procedimiento contra él, pero sabiendo que son insuficientes las pruebas para hacer probable una condena.

46 **La actual atenuante 5ª** viene a enfatizar mucho más que antes un rasgo que caracteriza a la moderna Política criminal: **la utilización del Derecho penal para estimular la reparación del daño causado a la víctima**.[24] Ahora puede decirse que el Derecho español se suma a las legislaciones que admiten con carácter general que la reparación a la víctima, por sí misma, tenga efectos limitadores de la pena. El anterior art. 9, 9ª subordinaba la atenuación a un requisito

---

21. Así Córdoba Roda, Comentarios I, p. 525; en contra Quintano Ripollés, Curso I, p. 427.
22. Así Córdoba, Comentarios I, p. 522.
23. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, p. 523.
24. En cuanto al ámbito de aplicación de la atenuante, la jurisprudencia considera que éste queda circunscrito a los delitos contra bienes jurídicos individuales, y a aquellos delitos contra bienes jurídicos colectivos en los que el legislador lo habría dispuesto expresamente. Esto último sucede, p. ej., en los delitos contra el medio ambiente. Así las cosas, en uno de los ámbitos en los que la aplicación de la atenuante se solicita en mayor medida, los delitos contra la salud pública, la jurisprudencia. la rechaza de forma sistemática (SSTS 485/2003 de 5 abr.).

que oscurecía el moderno fundamento político-criminal: exigía el arrepentimiento espontáneo del sujeto. Y, como consecuencia de lo anterior, sólo admitía la atenuante si la reparación o disminución de los efectos del delito tenía lugar antes de conocer la apertura del procedimiento judicial. El CP actual deja de contemplar la reparación como manifestación de arrepentimiento que facilita la benevolencia penal, para estimular el efecto de reparación a la víctima en sí mismo. De ahí que ahora se conceda eficacia atenuante a la reparación o disminución del daño aunque tenga lugar durante el procedimiento judicial, con tal de que sea anterior a la celebración del acto del juicio oral.

47 ¿Hace falta que se alcance un **resultado efectivo** de reparación o disminución? Doctrina y jurisprudencia **no** lo consideraban necesario bajo la vigencia del anterior art. 9, 9º.[25] Pero esta interpretación, que podía resultar adecuada al fundamento de arrepentimiento que se veía en la atenuante, deja de serlo si no importa este aspecto, sino la reparación, siquiera parcial, en sí misma. El texto del art. 21, 5ª no dice «haber *intentado* reparar...», sino «haber *procedido* a reparar...». Ahora bien, ello no impide que pueda considerarse como una forma de disminuir, por lo menos, el daño o efectos del delito el *desagravio* que puede suponer para la víctima el propio hecho de que el culpable se esfuerce en lo posible por intentar una reparación material. En caso de insolvencia, el sujeto puede intentar la reparación ofreciendo a la víctima la realización de alguna *conducta* de ayuda o la prestación de algún *trabajo o servicio*.[26]

3. *La atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª CP)*

48 La LO 5/2010 incorporó al CP la **atenuante de dilaciones indebidas**.[27] Con el nuevo nº 6, el legislador cierra el paso a **otras posibles vías de reparación** de la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas propuestas hasta ahora por doctrina y jurisprudencia.[28] Tal es el caso, por

25. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 346; Ferrer Sama, Comentarios I, p. 318; Córdoba Roda, Comentarios I, p. 526. En contra, sin embargo, Rodríguez Devesa, PG, p. 684.

26. En ocasiones la jurisprudencia ha aplicado en estos casos la atenuante analógica prevista en el nº 7ª en relación con la atenuante del nº 5 (SJP nº 8 Sevilla 272/2005 de 29 ju., SAP Sevilla, 7ª, 4 de sep. 2006 (caso Farruquito). Suele apreciarse la atenuante que nos ocupa como muy cualificada cuando el montante total a reparar asciende a una cantidad muy considerable, y el reo la ha puesto a disposición de la víctima de forma íntegra o prácticamente íntegra, y con considerable antelación a la celebración del Juicio Oral (SSTS 1480/2003 de 5 nov., 447/2004 de 5 abr., 49/2005 de 28 en., 50/2008 de 29 en.).

27. La circunstancia no estaba prevista ni en el Anteproyecto 2009, ni tampoco en el Proyecto de reforma CP aprobado en el Congreso de los Diputados. Fue introducida por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en su sesión de 23 de abril de 2010. Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, A, 21-4-2010, nº 52-11 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-11.PDF).

28. Alcácer Guirao, "Dilaciones indebidas", en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 28/7010. Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, vid., además, Álvarez García, "La atenuante de dilaciones indebidas", en Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 29 ss.

ejemplo, de la declaración de nulidad de actuaciones en casos de dilaciones graves[29] o el indulto.[30]

49 La expresión «**dilación indebida**» se refiere a la duración del procedimiento judicial hasta su finalización por encima de lo razonable, o bien a la paralización del procedimiento a partir de determinado momento por causas atribuibles al órgano judicial o al sistema.[31] Cuando ello ocurre, se produce una vulneración del **derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24, 2 CE)**. Por tal debe entenderse aquel proceso que se desarrolla *"en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción"*.[32] El concepto de dilaciones indebidas debe ser concretado en cada caso. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los **elementos** que deben ser tenidos en consideración son los siguientes: **grado de complejidad de la causa**, márgenes de **duración de procedimientos de similares características**, **comportamiento procesal** de la parte que demanda el reconocimiento de dilaciones indebidas y **actuación del órgano judicial.**[33]

50 La nueva circunstancia es la plasmación legal de una práctica jurisprudencial consolidada, que venía aplicando de forma unánime una **circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas.** Dicha jurisprudencia tuvo su origen en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 21-5-99. El Acuerdo modificó la doctrina sentada por los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2-10-92 y 29-4-97, admitiendo la aplicación del art. 9, 10ª del antiguo CP y art. 21, 6ª LO 10/1995 en casos de dilaciones indebidas no imputables al condenado, y que no dieran lugar a nulidad de actuaciones (art. 238, 3 LOPJ). Según el Acuerdo de **21-5-99, l**a atenuación de la pena en estos casos tendría un triple fundamento: a) Reparación judicial de la vulneración de un derecho fundamental**;**[34] b) Compensación de la culpabilidad del reo, por la pérdida ilegítima de derechos que para el mismo suponen las dilaciones indebidas;[35] c) Menor necesidad de pena por el transcurso del tiempo.[36] La doctrina mayoritaria entendía, con razón que esta línea jurisprudencial era **contraria al principio de legalidad**, ya que en los casos de dilaciones indebidas no existía otra circunstancia respecto de la que pudiera predicarse la «***análoga significación***» exigida por la ley. El Tribunal Supremo

29. En contra, sin embargo, STS 94/07, 14-2.
30. Vid., por ejemplo, Acuerdos del Pleno de Jurisdiccional TS 2-10-92 y 29-4-97.
31. En este sentido, por ejemplo, SSTS 556/06, 31-5; 1074/04, 18-10; 948/02, 8-7.
32. SSTC 43/1985; 324/1994.
33. Vid., por todas, STC 100/1996, 11-6.
34. Se hicieron eco de este fundamento, entre otras, las SSTS 115/05, 31-1; 1506/04, 21-12; 1363/04, 29-11.
35. STS 988/06, 10-10.
36. STS 742/03, 22-5.

partía, además, de un concepto de culpabilidad no coincidente con el previsto en el CP.[37] La nueva atenuante viene a resolver este grave inconveniente.

Los cuatro elementos de la atenuante son: a) Dilación extraordinaria; **51** b) Dilación indebida en la tramitación del procedimiento; c) No atribuible al propio inculpado; d) Falta de proporción con la complejidad de la causa.[38] Los cuatro elementos vienen siendo exigidos expresamente por el Tribunal Constitucional para el concepto de dilación indebida constitucionalmente relevante.[39]

a) Se producirá una dilación «***extraordinaria***» cuando se supere sobrada- **52** mente la duración habitual de un procedimiento de similar naturaleza. En nada obsta lo anterior que se trate de dilaciones motivadas por **razones estructurales** (deficiencias organizativas de los Juzgados, inasumible volumen de trabajo, etc.).[40] En cualquier caso, quedan excluidas del concepto las dilaciones consistentes en el mero incumplimiento de los plazos procesales previstos para el dictado de resoluciones o actos de tramitación.[41]

b) La «***tramitación del procedimiento***» se inicia cuando el reo adquiere la **53** condición de imputado y finaliza con la resolución judicial firme que ponga fin a la vía penal. Si se trata de una resolución dictada en segunda instancia y las dilaciones indebidas se producen en la tramitación del recurso, la atenuante podrá ser acordada de oficio.[42] En caso contrario, el actor podría solicitar la nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ).

c) Es preciso, además, que la dilación indebida «***no sea atribuible al pro-*** **54** ***pio inculpado***»**.** Lo es, por ejemplo, cuando el inculpado se encuentra en rebeldía o deja de comparecer a llamamientos judiciales,[43] no atiende requerimientos judiciales o se retrasa en la devolución de la causa original. Cuando las dilaciones sean en parte atribuibles al inculpado, pero también a terceros (órgano judicial, restantes partes procesales), el Juez deberá ponderar las causas concurrentes, y decidir cuáles prevalecen, en orden a determinar si aprecia o no la atenuante. Según la jurisprudencia mayoritaria, para que las dilaciones sean

37. SSAP Barcelona 2ª, 13-1-04, FJ 10; 24-7-07, FJ 2. En la doctrina, vid., por ejemplo, Gómez Martín, V., "Las dilaciones indebidas: ¿Una causa supralegal de disminución de la culpabilidad del reo?" (http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/las-dilaciones-indebidas-una-causa-supralegal-de disminucion-de-la-culpabilidad-del-reo).

38. Alcácer Guirao, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 28/7025.

39. Vid. SSTC 177/2004; 71/2002, FJ 7; 237/2001, FJ 2; 87/2001, FJ 7; 303/2000, FJ 3-5; 230/1999, FJ 2; 198/1999, FJ 3; 124/1999, FJ 2; 69/1993, FJ 2; 215/1992, FJ 2; 223/1988, FJ 3; 133/1988, FJ 1, entre otras.

40. SSTS 94/2007 de 14 feb y 742/2003 de 22 may.

41. STC 100/1996 de 11 jun.

42. STS 1078/09 de 5 nov.

43. SSTS 1389/2005 de 14 nov. y 1045/2005 de 29 sep.

atribuidas al inculpado es preciso que hayan sido provocadas por él, no bastando, por tanto, el simple hecho de **no haber denunciado** ante el órgano judicial las provocadas por un tercero.[44] En contra de lo que viene exigiendo un sector jurisprudencial,[45] la redacción del art. 21.6ª no impone que la dilación haya sido provocada por el órgano judicial. Se incluyen, por tanto, los casos de retraso extraordinario del procedimiento por la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad o por la actuación de otra parte procesal.

55 d) Por último, la dilación extraordinaria no guardará «***proporción con la complejidad de la causa***» cuando, atendiendo a la mayor o menor dificultad de los actos procesales pendientes de dictarse, exista alguna paralización del procedimiento sin justificación procesal.[46]

56 En cuanto a la **comunicabilidad de la atenuante**, su carácter objetivo la hace extensible a terceros coinculpados que no la hayan alegado, siempre que las dilaciones no le sean atribuibles.[47]

4. *Las atenuantes analógicas*

57 Con la incorporación al Código penal de la nueva atenuante de dilaciones indebidas (art. 21, 6ª), las circunstancias analógicas pasan al **art. 21, 7ª** del precepto. Este número cierra el catálogo de atenuantes diciendo: «Cualquiera otra circunstancia *de análoga significación* que las anteriores». Por esta vía se admiten expresamente como atenuantes todas aquellas circunstancias que sean análogas a las especialmente enumeradas por la ley. Si se acepta que la analogía *in bonam partem* no se halla prohibida por la ley —como creo correcto—, el art. 21, 7ª no será más que una manifestación específica de la posibilidad general de tal clase de analogía.

58 La fórmula legal es fruto de repetidos intentos de ampliación. En el CP 1848 se decía «de igual entidad y análoga» —lo que requería más—. En CP 1932 se exigió sólo que la circunstancia fuera «análoga», y en el CP 1944 se quiso flexibilizar este adjetivo introduciendo la actual expresión «de análoga significación». No hace falta, pues, el parecido externo de las circunstancias, sino sólo equivalencia de su *significado*. Y como el significado de las atenuantes es el disminuir el contenido de injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de pena, cualquier aminoración de estos aspectos podría considerarse

44. SSTS 480/2009 de 22 may., 94/2007 de 14 feb. y 1051/2006 de 30 oct.
45. SSTS 1336/05, 2-2.
46. STC 100/1996, 11-6.
47. STS 50/05, 28-1, En contra, sin embargo, STS 1336/05, 2-2.

motivadora de la atenuante 7.[48] Sin embargo, la jurisprudencia normalmente la interpreta en forma más restrictiva, exigiendo analogía con los elementos de la circunstancia de que se trate.[49]

59 Entre ambas vías tal vez sea preferible otra **interpretación intermedia**: debe existir analogía respecto al *efecto* de modificación de injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la *específica razón* que constituye el fundamento particular de cada atenuante, lo que no debe llevar hasta exigir la analogía de elementos (SSTS 1002/2002 de 27 mayo, 2153/2002 de 18 dic., 504/2003 de 2 abr., 1006/2003 de 9 jul., 1060/2004 de 4 oct., 865/2005 de 24 jun., 1421/2005 de 30 nov. y 164/2006 de 22 febr.). Un importante supuesto en que tal fórmula debe permitir la atenuante analógica es el de que, actuando el sujeto movido por la motivación que constituye la esencia de la atenuante, lo haga con *error* y en realidad no concurran los elementos objetivos que deberían ser la base de la motivación.

60 Una cuestión particular que plantea el tenor del art. 21, 7ª es la de **si permite la analogía respecto a la circunstancia mixta de parentesco del art. 23** cuando tenga efectos atenuantes. Literalmente no lo consiente, pues se refiere a «las anteriores» circunstancias, y el art. 23 es posterior. Sin embargo, es evidente que no existe razón alguna que explique la exclusión del parentesco, por lo que algún autor rechaza esta interpretación y propone extender el art. 21, 7ª al parentesco por razones teleológicas.[50] Si se admite, como nosotros, la analogía *in bonam partem*, esta solución es correcta.

48. Cfr. en esta línea Antón Oneca, PG, p. 347; Orts Berenguer, Atenuante, pp. 69 ss.

49. Críticamente Córdoba Roda, Comentarios I, pp. 538 s. Cfr. STS 18 febr. 87.

50. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, p. 534; Bajo Fernández, Parentesco, pp. 83 s.; Orts Berenguer, Atenuante, pp. 104 s.

Lección 26.
LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS (CONTINUACIÓN: AGRAVANTES Y MIXTA)

Bibliografía

Abel Souto, Política criminal de la diversidad cultural: la agravante de obrar por motivos discriminatorios, en RP (25) 2010; *Alonso Álamo*, El sistema de circunstancias del delito, 1982; *la misma*, La circunstancia agravante de discriminación, en A.A.V., La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. J. Cerezo Mir, 2002; *Altés Martí*, La alevosía, 1982; *la misma*, El ensañamiento, 2015; *Arias Eibe*, La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial, en RECPC (7) 2005; *Asúa Batarrita*, La reincidencia en los Códigos penales del siglo XIX, 1982; *Baigún*, Les circonstances aggravantes et leur nature en droit argentin, RIntDP 1965; *Bajo*, El parentesco en el Derecho penal, 1973; *el mismo*, Relación de afectividad análoga a la de parentesco, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 307 ss.; *Bergalli*, La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella, 1980; *Bielsa Corella*, La Circunstancia Mixta de Parentesco en el Código Penal Español Actualizada a la lo 5/2010, 2014; *Bindokat*, Zur Rückfallstrafe de lege ferenda, ZStW 71 (1959), pp. 281 ss.; *Bonet Esteva*, La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación, LH Valle Muñiz, Pamplona 2001, pp. 101 ss.; *Bricola*, Le agravanti indefiniti (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato), RItDP 1964; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2ª ed., 1974; *Camargo Hernández*, La premeditación, 1958; *el mismo*, La alevosía, 1953; *Cardenal Montraveta*, La reincidencia en el Derecho penal de menores, en LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Caruso Fontán*, El delincuente imputable y peligroso, 2014; *la misma*, La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, en RP (33) 2014; *Córdoba Roda*, El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal, ADPCP 1967, pp. 169 ss.; *Chavanne*, Les circonstances aggravantes en droit français, RIntDP 1965; *Díaz López*, El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22.4ª CP, 2013; *Díaz Ripollés*, Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de CP de 1992, en La Ley, 30 abr. 93 (nº 3250), pp. 1 ss.; *Díez Sánchez*, La reincidencia internacional, CPC nº 29 (1986), pp. 291 ss.; *Dopico*, La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP 1995, en RDPP, 4 (2000), pp. 61 ss.; *el mismo*, La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral enle CP 1995, en RDPP nº 4, 2000; *Doval*, Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delito de tráfico de drogas, RP (6), 2000, pp. 31 ss.; *Dreher*, La notion et le système des circonstances aggravantes en droit allemand, RIntPD 1965; *Figueroa*, Las circunstancias agravantes de morada y lugar, 1998; *Frosch*, Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB, 1976; *García Arán*, Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, 1982; *Garcías Planas*, Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco, Rev. Gral. de Derecho, nº 625-626, oct.- nov. 1996; *el mismo*, Nociones acerca de la agravante de disfraz en el Tribunal Supremo, en EPCr, 2000, pp. 33 ss., y en LH Barbero Santos, (Vol I) 2001, pp. 1057 ss.; *Gatti*, L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei sec. XII- XVI, 1933; *Gómez Martín*, ¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y discriminación en el Código Penal español, en Mir/Corcoy (dirs.)/Hortal (coord.),

Constitución y sistema penal, 2012; *Gómez Rivero*, Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal, RDPP (4) 2000; *González Cuellar*, La reincidencia, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 305 ss.; *González Cussac*, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 1988; *el mismo*, La circunstancia agravante de nocturnidad en la jurisprudencia del TS, CPC nº 26 (1985), pp. 213 ss.; *Guisasola*, Reincidencia y delincuencia habitual, 2008; *Haffke*, Rückfall und Strafzumessung, en Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 197 ss.; *Hanack*, Zur Problematik einer Sonderstrafe für Rückfalltäter, en Programm für ein neues StGB, 1968, pp. 100 ss.; *Hillenkamp*, Zur materiellen Rückfall-Klausel..., GA 1974, pp. 208 ss.; *Horstkotte*, Die Vorschriften des 1. StrRG über den Rückfall..., JZ 1970, pp. 152 ss.; *Hortal*, La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22.4ª CP): una propuesta restrictiva de interpretación, CPC (108) 2012; *Íñigo Corroza*, Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco, en InDret 4/2011; *Jiménez Asenjo*, El elemento psicológico en la alevosía, ADPCP 1954, pp. 451 ss.; *el mismo*, Estragos, en NEJ t. IX, 1958, pp. 113 ss.; *Latagliata*, Contributo allo studio della recidiva, 1959; *Marín de Espinosa*, La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales, 1999; *Martín Manrique*, El art. 10 del CP español, REP 1949; *Martínez Pérez*, La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, CPC 19 (1982), pp. 39 ss.; *Martínez de Zamora*, La reincidencia, 1971; *Mestre*, La atenuante y la agravante de parentesco, 1995; *Mir Puig*, La reincidencia en el CP, 1974; *el mismo*, Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafschärfung, ZStW 86 (1974), pp. 174 ss.; *el mismo*, Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto 1980, RFDUC monográfico 3 (1980); *el mismo*, Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del TS, ADPCP 1993, pp. 1139 ss.; *Monge Fernández*, La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2009; *Nuvolone*, Les circunstances aggravantes en droit italien, RIntDP 1965; *Olesa Muñido*, La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente CP español, ADPCP 1957, pp. 299 ss.; *Orts Berenguer*, Agravantes de desprecio y morada, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 305 ss.; *Pérez Alonso*, Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, 1995; *Sáinz Cantero*, La circunstancia de premeditación conocida, Boletines de la Univ. de Granada, 1957, 1958, 1959; *Serrano Gómez*, La reincidencia en el CP, ADPCP 1976, pp. 45 ss.; *el mismo*, La reincidencia, en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *Del Toro Marzal*, La premeditación en el Derecho ibérico medieval, en Estudios Jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria, 1983, II, pp. 981 ss.; *Vázquez-Portomeñe*, La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7ª del Código Penal), 2001; *De Vicente Martínez*, La reincidencia en el Código Penal de 1995, ADPCP 1997, pp. 169 ss.; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele für «schwere» und «besonders schwere Fälle», en Festschrift für Maurach, 1972, pp. 295 ss.; *Zapater Ferrer*, La circunstancia de desprecio de sexo en la jurisprudencia del TS, 1980; *Zipf*, Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB, en Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 439 ss; *Zugaldía*, Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia, PJ 1989.

I. Naturaleza dogmática de las circunstancias agravantes

1 No hay unanimidad en cuanto a la naturaleza de las circunstancias agravantes. En el siglo XIX, mientras que Silvela creía que todas eran *objetivas*, Dorado Montero las consideraba *subjetivas*, por indicar mayor peligrosidad del reo. En realidad, es lógico que la calificación dependa de la concepción dogmática que se adopte. Por ello, tampoco coincidirán causalistas y finalistas, como discreparán quienes sostengan concepciones diferentes de la imputación personal.

2 Aquí partimos de que ésta no se refiere a la parte subjetiva del hecho, ni tampoco a la actitud interna del sujeto, sino sólo a los elementos que condicionan la *atribuibilidad* del injusto penal a su autor. Lo único que se pregunta al comprobar la imputación personal es, según esto, si las condiciones en que tuvo lugar la motivación del autor son normales y permiten atribuirle plenamente el injusto penal, o si son plena o parcialmente anormales, y entonces no

puede atribuírsele en absoluto o sólo parcialmente. Así entendida, como condición de atribución del injusto penal, la imputación personal puede no ser posible en absoluto e impedir la atribución, o no ser plenamente posible y permitir sólo una atribución parcial. No puede en cambio, *crear* un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal, porque no puede más que atribuir el injusto penal que concurra. *Toda* la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal sólo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad. O impide por completo la atribución o funciona como un *filtro* que sólo deja pasar (atribuir) una parte del desvalor del injusto penal.[1]

Se sigue de este planteamiento dogmático que **todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho**, sin que puedan «elevar» la imputación personal.[2] **3**

Que todas las agravantes aumenten la gravedad del injusto penal no impide que **unas sean *«objetivas»* y otras *«subjetivas»*,** puesto que el injusto comprende una parte objetiva y otra subjetiva.[3] Por otra parte, dentro de cada una de ambas clases de agravantes cabe señalar distintas razones de la agravación. **4**

II. Clasificación de las circunstancias agravantes

1. *Circunstancias objetivas*

A) Denotan **mayor peligrosidad** del hecho: a) por la especial **facilidad de comisión** determinada por los medios (alevosía) o por los *sujetos* (abuso de superioridad, de confianza o del carácter público); b) por la especial **facilidad de impunidad** (disfraz); c) por **ambas razones** (lugar, tiempo o auxilio de otras personas). **5**

B) Suponen un **ataque más extenso** (ensañamiento). **6**

2. *Circunstancias subjetivas*

A) Indican una **motivación particularmente indeseable** (precio, motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación). **7**

---

1. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 102 s.; Horn, Verbotsirrtum, p. 139 nota 194; Gimbernat, Estudios, p. 100 notas 44.

2. Lógicamente, no es ésta la conclusión que admiten los causalistas, para quienes las circunstancias que afectan a la componente psicológica del delito se sitúan en la «culpabilidad»; así, por ejemplo, Alonso Álamo, El sistema, pp. 443 ss., 636 ss.; Rodríguez Devesa, PG, pp. 692 ss., 705 ss. La concepción de la culpabilidad como reprochabilidad de la actitud interna del sujeto —aquí rechazada— conduce también a situar en la culpabilidad agravantes que en nuestra concepción hay que situar en el injusto: cfr. Alonso Álamo, El sistema, pp. 656 ss.

3. Cfr. en contra, así, de la identificación tradicional (causalista) entre circunstancias objetivas y relativas al injusto, por una parte, y circunstancias subjetivas y referentes a la «culpabilidad», por otra, Díez Ripollés, ADPCP 1977, pp. 643 ss.

8 *B*) Revela en el sujeto una **actitud más contraria al Derecho**: reincidencia.

9 Importa destacar que, pese a la clasificación propuesta de las agravantes como «objetivas» o como «subjetivas», todas ellas requieren la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos. Así, cuando son objetivas no por ello pueden dejarse de conocer y querer sus elementos objetivos, como requiere la exigencia de dolo. Y cuando son subjetivas requieren también algunos elementos objetivos.[4] Hablo, pues, de agravantes objetivas o subjetivas en el sentido de que en ellas es una *razón objetiva o subjetiva*, respectivamente, la causa primera de la agravación. La distinción es importante en orden a la *comunicabilidad* de las agravantes en caso de codelincuencia: a los efectos del art. 65 CP sólo las objetivas serán comunicables a los distintos intervinientes en el hecho.

III. Análisis de las distintas agravantes

1. *Circunstancias objetivas*

A) *Agravantes que denotan mayor peligrosidad del hecho*

a) *Por la especial facilidad de comisión*

10 Aumentan el injusto penal porque suponen *(ex ante)* un mayor peligro para el bien jurídico. El legislador castiga en mayor medida los hechos realizados por *medios* o *sujetos* o en *ocasión* especialmente peligrosos, con objeto de que la mayor penalidad haga desistir al sujeto de utilizar tales vías, con lo que se pretende dificultar su uso y así proteger los bienes jurídicos de los ataques más peligrosos.[5] Pero el sujeto ha de *querer* utilizar las mencionadas circunstancias objetivas que facilitan el hecho, para lo cual basta aprovecharlas conscientemente.[6]

11 aa) La **alevosía** supone el empleo de *procedimientos* que facilitan el hecho. La define el **art. 22 1º** diciendo: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».[7]

12 Por tratarse de una agravante referida a los *procedimientos* de comisión («medios, modos o formas en la ejecución»), en la doctrina se ha señalado la improcedencia de su estimación por el hecho de que el *sujeto pasivo* sea un niño o un ser indefenso constitucionalmente.[8] En contra se manifiesta la jurisprudencia (ver p.ej. SSTS 24 mayo 96 y 21 marzo 97, 1074/2002

---

4. No es correcto afirmar que las circunstancias puramente objetivas no requieren que el dolo capte sus elementos objetivos, como da a entender Rodríguez Devesa, PG, p. 692.

5. En esto se basa la teoría estatutaria de la pena como contraestímulo dirigido a cegar las vías favorecedoras del delito, base de las actuales agravantes: cfr. el libro de Gatti sobre los estatutos italianos de los ss. XII a XVI cit. en la bibliografía.

6. Así, para la alevosía, las SSTS 21 abr. 80, 8 febr. 93, 15 marz. 96.

7. Ver SSTS 31 dic. 2001, 14 mar. y 24 mar. 2002.

8. Así Antón Oneca, PG p. 352; Rodríguez Devesa, PG p. 694; Córdoba Roda, Comentarios I, p. 540.

de 11 jun., 1567/2003 de 25 nov., 1378/2004 de 29 nov., 155/2005 de 15 febr., 464/2005 de 13 abr., 557/2005 de 27 abr., 958/2005 de 18 jul., 1340/2005 de 8 nov., 142/2006 de 1 febr. y 596/2006 de 28 de abr.), salvo en alguna sentencia como la de 29 sept. 45. Según algunos autores, debería aplicarse en estos casos la agravante de abuso de superioridad (actual art. 22, 2ª),[9] pero, como se verá, el TS requiere que esta otra circunstancia suponga no sólo una objetiva desigualdad, sino además un abuso de ella, y frente a los sujetos inevitablemente desprotegidos como los mencionados no cabe evitar la desigualdad.

13 La alevosía exige que los procedimientos empleados tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, evitando el riesgo de una posible defensa del ofendido. Ejemplos de ataques alevosos son los que se producen *por la espalda* y sin desafío previo, o estando la víctima *en la cama* o *de rodillas*. Los ataques *a traición* son alevosos. Puesto que la ley exige que se tienda a evitar una posible defensa procedente del ofendido, no concurrirá alevosía por el hecho de que se evite una defensa proveniente de terceros. Así, se desestimó la agravante en atentados a Reyes *con escolta* (a Alfonso XII en la STS 27 dic. 1878 y a Alfonso XIII en la de 28 agosto 13).

14 Según la fórmula del art. 22, 1º, la alevosía sólo es aplicable a los *delitos contra las personas*. En la terminología del CP anterior —que usaba la misma expresión—, «delitos contra las personas» eran solamente los contenidos en el Título VIII del Libro II: los delitos contra la vida independiente y los de aborto y de lesiones. No cabía estimar la agravante en los demás delitos contra los particulares (como, p. ej., los que atacan al honor y a la libertad). En el actual CP ha desaparecido aquella rúbrica «delitos contra las personas» de la Parte Especial. Pero no parece que se pretenda ahora extender la agravante a todos los delitos contra los particulares. Tal vez sea conveniente mantener el criterio al que respondía aquella rúbrica y, en consecuencia, limitar la agravante a los delitos contra las personas en su realidad física corporal —siempre que no impliquen ya alevosía, como el auxilio ejecutivo al suicidio.

15 Por otra parte, es de la mayor importancia destacar que *la alevosía es una de las circunstancias que convierten el homicidio en la figura más grave del asesinato*. Ésta es la función más importante que corresponde en la práctica a la alevosía, cuya aplicación tiene lugar preferentemente como elemento del delito de asesinato. Y entonces no opera ya como circunstancia agravante en el sentido del art. 22, 1ª.

16 bb) El **abuso de superioridad** (art. 22, 2ª), el **abuso de confianza** (art. 22, 6ª) y el del **carácter público** del culpable (art. 22, 7ª) agravan también el injusto

9. Cfr. p. ej. Antón Oneca, PG p. 352; Rodríguez Devesa, PG p. 694. Parece admitir, en cambio, la aplicación de la alevosía Gimbernat, Introducción, p. 91.

penal por facilitar la comisión del hecho, pero más por razón de la posición del *sujeto activo* respecto del pasivo que por los medios utilizados.

17 El **abuso de superioridad** se basaba tradicionalmente por el TS en el mero desequilibrio de fuerzas entre los sujetos. La STS 28 oct. 63 cambió de criterio y fue seguida por otras sentencias (así 17 mayo 68, 12 mar. 69, 25 en. 91): ya no basta el mero *uso*, sino que es preciso el *abuso* de la superioridad, lo que supone haberla buscado *ex profeso* —ello no sucedería en el caso del forzudo que no puede evitar su fuerza.[10]

18 El **abuso de confianza** requiere: a) la existencia de un *vínculo de confianza*, expresa o tácita; b) el *aprovechamiento* de la situación derivada de la confianza. El TS ha ampliado demasiado el alcance de esta circunstancia al contentarse con una situación *objetiva* de facilidad, por cargo, relación o situaciones especiales (cfr. sobre todo SSTS 7 oct. 50, 21 mayo 92, pero ver STS 15 abr. 96; ver también SSTS 5 jul. 99, 11 dic. 2000, 20 mar. 2001 y 161/2004 de 9 febr.). Es preciso que concurra, además, el vínculo de confianza, confianza que ha de ser *cualificada* y no sólo la normal en ciertas relaciones profesionales, etc. Así, p. ej., no ha de bastar la confianza genérica de que un empleado no hurtará.[11]

19 La circunstancia de «prevalerse del **carácter público** que tenga el culpable» exige tres elementos: a) la cualidad de funcionario público o de encargado de un servicio público; b) el abuso de poderes o deberes inherentes a tal condición; c) la finalidad de utilizar las ventajas del cargo para ejecutar el delito más fácilmente o con menor riesgo. Esta circunstancia es inherente a los delitos de funcionarios públicos, por lo que no puede apreciarse en ellos.[12]

---

10. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pp. 645 ss., y comparar con la exposición de la jurisprudencia anterior que efectúa Antón Oneca, PG, p. 376; Alonso Álamo, El sistema, pp. 515 ss. Las SSTS 30 sept. 85 y 4 nov. 92 caracterizan el abuso de superioridad como una «alevosía de grado menor o de segundo grado», ya que, mientras que la alevosía suprimiría la necesidad de defensa, el abuso de superioridad sólo la «aminora o debilita». Ver también SSTS 14 dic., 22 febr. y 7 nov. 2001.

11. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pp. 660 ss., alegando a favor de exigir una confianza cualificada la STS 3 marzo 66; Antón Oneca, PG, pp. 371 ss. (aunque sin criterio muy decidido). Según Alonso Álamo, El sistema, pp. 540 s., predomina últimamente en la jurisprudencia del TS la tesis de que es suficiente una relación que permita exigir cierta lealtad (SSTS 13 nov. 74, 13 feb. 76, 13 oct. 76, 21 marzo 78, 26 jun. 78 Vid. también en esta línea STS 842/2005 de 28 jun.). Acertadamente ve esta autora, como Antón, el fundamento de la agravante no en una mayor «perversidad» o «culpabilidad» demostrada por la deslealtad misma, sino en ser ésta medio que facilita la comisión del delito: loc. cit. p. 543. También en esta línea García Arán, Criterios p. 159.

12. Cfr. Antón Oneca, PG, pp. 373 ss. También Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pp. 673 ss. Sobre esta circunstancia ver STS 1890/2001 de 19 oct.

b) *Por la especial facilidad de impunidad*

20 El **disfraz** (art. 22, 2ª) puede verse como una circunstancias que eleva la intensidad de la prohibición (del injusto penal) por cuanto facilita la impunidad y, con su esperanza, una decisión de delinquir que de otro modo, por miedo al descubrimiento y al castigo, tal vez no se adoptaría. Resultan, así, un medio que favorece la lesión de bienes jurídicos. Sabido es que la confianza en que podrá evadirse la acción de la Justicia constituye un factor criminológico de primer orden. Que el disfraz tiene este fundamento es bastante evidente.[13]

c) *Por ambas razones*

21 El **tiempo**, el **lugar**, o el **auxilio de otras personas** agravan la pena, según el art. 22, 2ª, si son *aprovechados* para *debilitar la defensa* del ofendido o para *facilitar la impunidad* del delincuente. Esta referencia general viene a sustituir las más concretas y tradicionales a la **nocturnidad**, al **despoblado** y a la **cuadrilla** (anterior art. 10, 13ª) y al **auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad** (anterior art. 10, 12ª). La formulación actual es preferible, porque, recogiendo indicaciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre estas circunstancias, no se contenta con la objetiva concurrencia de noche, despoblado, etc., sino que requiere, por una parte, que efectivamente debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente y, por otra parte, que se aprovechen en cuanto tales por el sujeto.

B) *El ensañamiento como agravante que supone un ataque más extenso*

22 El **ensañamiento** se prevé como agravante genérica en el art. 22, 5ª: «Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito» (ver SSTS 682/2005 de 1 jun., 775/2005 de 12 abr., 147/2007 de 19 febr., 319/2007 de 18 abr., 611/2007 de 4 jul. y 758/2007 de 19 sep.). También constituye una circunstancia cualificativa del asesinato, que concurre cuando se mata a otro «con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido» (art. 139, 1, 3ª). El ensañamiento aumenta lo injusto penal del hecho porque hace que la conducta extienda su lesividad material más allá de la propia del delito y porque expresa un mayor desprecio de la *dignidad humana*, por lo que también añade un ataque a este bien jurídico constitucional.

13. Sobre esta agravante ver SSTS 347/2002 de 1 mar., 479/2003 de 31 mar., 939/2004 de 12 jul., 670/2005 de 27 mayo y 144/2006 de 20 febr.

23 El aumento del sufrimiento de la víctima ha de ser *innecesario* para la ejecución del hecho. Esto puede entenderse de dos modos: que debe ser innecesario según el plan del agente (punto de vista concreto), o que ha de serlo en general, con independencia de aquel plan (punto de vista abstracto). El TS ha acogido a veces el primer punto de vista, negando el ensañamiento en casos de pluralidad de heridas o en que se machacó el cráneo de la víctima como forma de matar (SSTS 29 dic. 1909 y 15 nov. 1907), por entender que siendo el plan del autor el producir la muerte por tales vías, las mismas resultaban necesarias para su ejecución. Según el punto de vista abstracto, en cambio, en estos casos concurriría ensañamiento porque, prescindiendo del plan del autor, éste hubiera podido matar sin necesidad de acudir a aquellos procedimientos tan brutales.[14]

2. *Circunstancias subjetivas*

A) *Circunstancias que expresan un móvil particularmente indeseable*

a) *El precio, la recompensa o la promesa*

24 Esta agravante se ha visto como expresión de mayor perversidad o de una motivación vil.[15] Una motivación tal ha de entenderse más indeseable y, por tanto, especialmente desvalorada y prohibida (mayor injusto subjetivo). Pero que éste sea el único fundamento de la agravante depende, en parte, de si esta agravante es aplicable sólo al ejecutor por precio o también al que se lo promete o da. Respecto al ejecutor puede admitirse que el precio constituye un motivo bajo, sobre todo en los delitos contra las personas (en el asesinato constituye una de las posibles circunstancias que lo cualifican) u otros contra el honor, la libertad, la seguridad, etcétera —en los delitos que persiguen un beneficio económico tal motivo ya es inherente al hecho y no puede estimarse de nuevo como agravante—. Pero es discutible si esta agravante es aplicable también al inductor, o sólo al ejecutor.

25 Bajo la vigencia del anterior art. 10 el TS había venido considerando apreciable en ambos esta circunstancia. Un sector de la doctrina entendía, en cambio, que sólo era aplicable al autor material, porque la ley exigía «*cometer el delito* mediante precio, recompensa o promesa».[16]

---

14. En este sentido Antón Oneca, PG, p. 361, que critica las SSTS citadas. En esta línea también Córdoba Roda, Comentarios I, p. 582, quien acertadamente indica que la innecesariedad debe decidirse según un punto de vista *ex ante*. De acuerdo Alonso Álamo, El sistema, p. 660.

15. Cfr. García Arán, Criterios, p. 152; Alonso Álamo, El sistema, p. 652.

16. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, pp. 560 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 709; Martínez Pérez, CPC 1983, pp. 50 ss. Pese a que este autor cita a favor de esta postura a Antón, PG, p. 357, y Alonso Álamo, El sistema, p. 653, lo cierto es que estos autores no se oponen a la doctrina del TS que estima la agravante también en el que paga o promete, sino que se limitan a indicar que el fundamento de la agravante deberá ser distinto para ambos sujetos.

Esta última posición puede defenderse fácilmente para el supuesto en que la circunstancia de precio, recompensa o promesa despliega su función de convertir el homicidio en asesinato —supuesto especialmente importante en la práctica—. En efecto, tanto el anterior art. 406 como el actual art. 139, 1, 2ª se refieren al que *matare* a otro «*por* precio, recompensa o promesa». Parece evidente que el que paga el precio no mata por precio. Mas tanto el anterior art. 10, 2ª como el actual art. 22, 3ª, cuando contemplan el precio como agravante genérica no dicen «por precio», sino «*mediante* precio». Y el inductor induce *mediante* precio. En el CP anterior la cuestión dependía, entonces, de lo que se entendiera por «*cometer el delito»,* que es lo que la ley exigía que se hiciera mediante el precio. A mi juicio, debía sostenerse que también el inductor *cometía un delito* y, por lo tanto, le era aplicable la agravante. Pero el actual art. 22, 3ª ha sustituido la expresión «cometer el delito» por la de *«ejecutar el hecho»*. Ello puede haber tenido precisamente la finalidad de limitar la agravante al autor material. Téngase en cuenta que, al referirse a la inducción (y a la cooperación necesaria y la complicidad), el CP reserva la terminología «ejecutar el hecho» para la conducta del autor en sentido estricto (art. 28, a). **26**

A mi juicio, tenía razón el TS al considerar que también el inductor *cometía un delito mediante* precio, y ello por varias razones. En primer lugar, del anterior art. 49 se desprendía que todos los «autores» en sentido legal —entre los que cabe el inductor— «cometían» el delito; en segundo lugar, en todo caso la inducción también es en sí misma un «delito» distinto al del autor. Puesto que también constituye un «delito» la complicidad,[17] también le era, así mismo, aplicable la agravante si tenía lugar mediante o por precio. **27**

Si la agravante se considera aplicable tanto al que paga como al que recibe el precio, puede verse un fundamento común a ambos y otro referido específicamente al ejecutor. El fundamento común reside en la mayor peligrosidad que supone la dificultad de descubrir a los responsables cuando media el precio: éste rompe la cadena motivacional que une al inductor con el delito, mientras que el autor material no tiene ningún motivo que pueda relacionarlo con la víctima. El fundamento específico para el autor material es el motivo bajo que representa el precio y que afecta al desvalor subjetivo del injusto. **28**

La doctrina discute si el precio, recompensa o promesa han de ser **económicos** o pueden tener también **otro carácter**.[18] **29**

En favor de la interpretación económica restrictiva se alega que otros móviles no son tan reprochables.[19] Mas debe tenerse en cuenta que, como se ha visto, el carácter bajo del móvil que pueden representar el precio, la recompensa o la promesa no es el único fundamento posible de la agravante y que no afecta en absoluto al inductor, mientras que, por otra parte, hay beneficios honoríficos y profesionales no económicos que pueden constituir motivos perfectamente equiparables a los económicos (así, por ejemplo, si alguien accede a cometer un delito bajo la promesa de obtener un importante cargo político). Por lo demás, la letra de la **30**

17. Cfr. sobre los anteriores argumentos Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 360 ss.
18. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, p. 558.
19. Cfr. así Martínez Pérez, CPC 1983, pp. 46 s.

ley parece favorecer la interpretación amplia, puesto que junto al «precio» añade los términos de «recompensa o promesa», que han de ser distintos de aquél.

b) *Motivos racistas y otros discriminatorios*

31 El **art. 22, 4ª** considera circunstancia agravante ‹‹cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad››. La agravante fue introducida en el anterior CP por Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, que también tipificó como delito la apología de los delitos de genocidio (art. 607.2 CP), y ha sido recientemente modificada como consecuencia de la LO 5/2010.

32 Todo ello responde, como se ve, a la voluntad de evitar actuaciones genocidas o discriminatorias. Si éstas se traducen materialmente en los hechos previstos en el art. 607, dan lugar a delitos con un contenido de injusto mayor. Pero basta que constituyan la motivación que guíe a la comisión de cualquier delito, para que agraven la pena según el art. 22, 4ª: no sólo se desvalora y prohíbe más la perpetración de determinados hechos genocidas (art. 607), sino también la realización de cualquier otro delito con motivación genocida o discriminatoria. Esta motivación aumenta el injusto subjetivo del hecho. Añade al injusto propio del delito realizado la negación del *principio de igualdad* que consagra la Constitución.

33 La LO 5/2010 introdujo **dos importantes modificaciones** en la agravante de motivos racistas o discriminatorios (art. 22, 4ª CP). Por una parte, la reforma introduce la motivación discriminatoria **por identidad de género**, con el objeto de dar cobertura a los casos de discriminación de las personas transexuales (**transfobia**). Tales casos no resultaban subsumibles en el móvil discriminatorio por motivo de «*sexo u orientación sexual*».[20] Por otra, se sustituyó el término «***minusvalía***» por «***discapacidad***», concepto de mayor tradición en Derecho comparado.[21] La reforma, no obstante, no introduce otras modificaciones sugeridas por la doctrina.[22]

---

20. Esta modificación también fue sugerida por el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato (Ministerio de Igualdad), Disposición Adicional. Uno.

21. También esta modificación fue propuesta por el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato (Ministerio de Igualdad), Disposición Adicional. Uno. Antes de la reforma el art. 22.4ª CP se refería a discriminación por razón de la *"enfermedad o minusvalía que padezca"* la víctima. Según su primera acepción en el Diccionario de la RAE, por "enfermedad" debe entenderse *"alteración más o menos grave de la salud"*. El significado del término era lo suficientemente amplio como para entender, de este modo, que la *"minusvalía"* no era más que una especie de la enfermedad, que constituye, de este modo, su género.

22. Entre las mismas se encuentra, por ejemplo, la posible referencia entre los motivos discriminatorios a la edad y el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español. La primera causa

34 La LO 1/2015 ha introducido, junto a las razones de sexo, orientación sexual e identidad sexual, las **«razones de género».** Según la E. de M. de la Ley, la novedad obedece a que «el género, entendido (…) como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo».[23]

B) *La reincidencia, como circunstancia que expresa una actitud más contraria al Derecho*

35 Según el **art. 22, 8ª CP**, es circunstancia agravante: «Ser reincidente. —Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.— A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.» La reforma de 2015 introduce un tercer párrafo en el art. 22.8ª, de acuerdo con el cual «[l]as condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.»

36 El CP 1995 suprimió la **reincidencia genérica**, denominada «reiteración» antes de la reforma de 1983, que no exigía analogía ni ninguna otra relación cualitativa entre la anterior y la actual infracción, sino sólo que la condena anterior lo fuera por delito a que la ley señalare igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que la ley señalare pena menor. Por otra

---

de discriminación se encuentra contemplada en la normativa laboral y administrativa (ET y LISOS); la segunda, en el art. 314 CP, relativo a la discriminación en el trabajo. Un sector doctrinal también propone la referencia a "motivos relativos a la situación socioeconómica de la víctima", con el objeto de incluir los casos de aporofobia (odio al pobre), excluida del art. 22.4ª CP por la jurisprudencia (STS 1160/06, 9-11, FJ 23, inaplicabilidad de agravante de móvil discriminatorio a supuesto de ataque a persona con trato peyorativo e inhumano por su condición de mendigo sin techo). Otro sector doctrinal sugiere que éstas y otras omisiones podrían evitarse de forma sencilla, sin convertir el art. 22.4ª CP en un farragoso catálogo de motivos discriminatorios, utilizándose una cláusula de cierre. Por coordinación sistemática con el art. 14 CE, dicho sector aconseja el empleo de la cláusula de cierre *"o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*. La STS 1160/06, 9-11, FJ 23, parece avalar esta propuesta. No obstante, la misma resultaría difícilmente compatible con el principio de taxatividad del Derecho penal. Vid., a este respecto, Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato (Ministerio de Igualdad), Disposición Adicional. Uno. Sobre todo ello, Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, vid., además, Portilla Contreras, "Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima", en Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 37 ss.

23. Vid., en este sentido, Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011.

parte, la reforma de 1983 había suprimido la **«multirreincidencia»**, que había permitido la imposición de la pena superior en grado a la señalada al delito (única circunstancia en que ello era posible).[24]

37 La evolución legislativa mencionada supuso una tendencia a limitar los efectos agravatorios de la reincidencia. Se debió, sin duda, a la crítica de quienes señalamos que el **fundamento** de la agravante de reincidencia es *cuestionable.* No es que no sea posible ver en ella la expresión de una mayor gravedad del delito agravado. Es cierto que denota en el sujeto una *actitud de mayor desprecio y rebeldía* frente a los valores jurídicos que aquél tuvo ocasión de apreciar no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo, «en carne propia», y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción.[25] Si se concibe la imputación personal como en este texto, como mera condición de atribuibilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho, aquella actitud de desprecio y rebeldía sólo puede considerarse causa de elevación de lo injusto del hecho.[26] Pero ello no obsta a que pueda reputarse *constitucionalmente inconveniente* la agravación de pena por reincidir. Es, en efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, cuando, por otra parte, tal actitud suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria.[27]

38 En este sentido, ha supuesto un retroceso la reintroducción por la LO 11/2003 de un efecto agravatorio extraordinario (que vuelve a permitir la aplicación de la pena superior en grado) para el caso de que «el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente,

---

24. Se acogió así la propuesta que efectué en Mir Puig, Reincidencia, pp. 546 s.

25. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 523 ss. (en las pp. 432 ss. se analizan críticamente las demás fundamentaciones ofrecidas por la doctrina). De acuerdo se manifiesta Alonso Álamo, El sistema, p. 672. De otra opinión Asúa Batarrita, Reincidencia, p. 460 (pero los datos normativos en que se apoya desaparecieron en la reforma de 1983).

26. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 532 ss. No obstante en las pp. 530 ss. empiezo por señalar que, si se concibe la culpabilidad como valoración de la actitud interna, cabe pensar en la atribución de la reincidencia al ámbito de la culpabilidad. Ésta es la solución que acoge Alonso Álamo, El sistema, pp. 672 s.

27. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 537 ss. En contra también del mantenimiento de la agravante de reincidencia: Rodríguez Mourullo, Comentarios I, p. 744; García Arán, Criterios, p. 164; Quintero Olivares, Introducción, p. 278; Muñoz Conde, Adiciones, p. 1226. Cfr. también Bergalli, Recaída, pp. 69 ss y Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 560. Pide la supresión de la reincidencia al menos como circunstancia de apreciación obligatoria, Asúa Batarrita, Reincidencia, pp. 460 s. En Alemania la 23ª Ley de Reforma Penal de 13 abril 1986 derogó la agravante genérica de reincidencia, por considerarse contraria al principio de culpabilidad: así Roxin, CPC nº 30 (1986), p. 676. Se habían manifestado en contra de la agravación: Frosch, op. cit., p. 105; Haffke, Rückfall, pp. 197 ss. En España la STS 6 abr. 1990 (Ponente Bacigalupo) admitió la constitucionalidad de la agravante, pero sólo cuando su aplicación no determine una pena mayor a la que corresponda a la gravedad de la culpabilidad del sujeto. En palabras del TS: «cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conducta desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad». Esto, que inició una dirección de la jurisprudencia (SSTS 15 oct. 90, 26 dic. 90, 12 abr. 91, 6 mayo 91), descartaba una aplicación automática de la reincidencia. Pero la STC 150/1991, de 4 julio, resolvió una cuestión de constitucionalidad declarando la plena compatibilidad de la regulación vigente del CP con la Constitución, lo que ha obligado al abandono por parte del TS de aquella interpretación (SSTS 21 en., 20 y 21 febr., 10 mar., 1 jun. 92, 11 febr. 93). No obstante, cfr. todavía STS 5 feb. 93.

al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza". (Sobre esta *reincidencia cualificada* ver lo que se dice *infra*).

39 Por su parte, la LO 1/2015 permite la transformación de delito leve en delito menos grave del hurto de bien cuyo valor no exceda de 400 euros (antigua falta de hurto) ‹‹cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza›› (art. 235, 1, 7º CP).

40 En el concepto legal de reincidencia cabe distinguir un elemento de pasado, un elemento de presente y un elemento relacional de ambos.

a) *Elemento de pasado*

41 Es preciso que al delinquir el culpable haya sido **ejecutoriamente condenado con anterioridad por otro delito**.

42 Es **ejecutoria** la sentencia *firme*, esto es, aquélla contra la que no cabe recurso alguno (art. 141, 5 LECr).[28] No pueden generar reincidencia las condenas de **Tribunales extranjeros**, salvo en los casos en que se establezca lo contrario (como sucede en el art. 388 CP, para la falsificación de moneda, en el art. 190 CP, para los delitos relativos a la prostitución[29], y en el art. 580 para delitos relacionados con la actividad de bandas armadas organizaciones o grupos terroristas). Respecto a las condenas de **Tribunales militares** por delitos militares, no pueden ser tomadas en consideración porque ahora se exige que sólo puedan generar reincidencia las condenas por delitos comprendidos «en el mismo Título de *este Código*». Por la misma razón, tampoco cabrá apreciar la reincidencia en base a delitos anteriores previstos en **leyes penales especiales**.

43 Si al delinquir el sujeto hubiera sido **condenado al menos por tres delitos** comprendidos en el mismo título del CP y de la misma naturaleza, concurrirá una *cualificación* que, en virtud de la LO 11/2003, permitirá agravar la pena más de lo que puede determinar por sí sola ninguna otra agravante: «los jueces y tribunales podrán aplicar la *pena superior en grado* a la señalada por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del delito cometido» (art. 66, 5ª CP). Esta agravación extraordinaria no requiere una triple ni una doble reincidencia en sentido estricto, es decir, no es necesario que en una o dos de las condenas anteriores se hubiera apreciado ya la agravante de reincidencia por otro u otros delitos anteriores —a diferencia de lo que había entendido la doctrina y la jurisprudencia respecto a la doble

28. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 302 ss.

29. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 71 ss., 320 ss. También Díez Sánchez, CPC nº 29 (1986), pp. 291 ss.

reincidencia antes de 1974[30] —, por lo que la cualificación que ha introducido la LO 11/2003 ni siquiera exige una verdadera «**multirreincidencia**» como la que históricamente se había previsto. En cambio, mientras que antes de la reforma de 1983, además de ser obligatoria la pena superior en grado, se podía imponer la pena superior en dos grados, el actual art. 66, 5ª sólo permite, con carácter potestativo, imponer la pena superior en *un* grado.

b) *Elemento de presente*

44 La reincidencia se aprecia **«al delinquir»** el culpable.

45 «Delinquir» **no** incluye aquí la comisión de **delitos leves**. Tras la reforma operada por la LO 1/2015, «a los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales (…) que correspondan a delitos leves. El delito grave ha de estar previsto, además, **en el Código penal** *(«de este Código»)*.No cabe ahora la reincidencia en delitos previstos en leyes penales especiales. Ello vale, en particular, para los «delitos militares».

46 El **momento del «delinquir»** ha de ser posterior a la condena ejecutoria.

47 Tal momento debe precisarse con arreglo a la *teoría de la actividad*, lo que plantea problemas en los casos en que el castigo o condena recaen durante la ejecución de un **hecho que se prolonga en el tiempo** —aquí debe aceptarse la agravante—, durante la comisión de un **delito continuado** —aquí no podrán tenerse en cuenta los actos posteriores al momento del delinquir, de modo que si los mismos son necesarios para dar lugar al delito continuado, éste no podrá agravarse por reincidencia— y durante la realización de un **delito permanente** — aquí procede la agravación.[31]

48 La reincidencia deja de poder estimarse cuando el nuevo hecho se produce **habiéndose cancelado los antecedentes penales o habiendo debido serlo** (arts. 136 y 137 CP). Así se declara en el segundo párrafo del art. 22, 8ª.[32] Con la LO 1/2015 se añade en este párrafo que «[l]as condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.»

30. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 410 ss. La reforma de 28-11-1974 convirtió en suficiente para la doble reincidencia dos condenas anteriores, aunque hubieran recaído en una sola sentencia.

31. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 171 ss.

32. Se resuelve así satisfactoriamente el tema de la (mal llamada) «prescripción de la reincidencia», cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 188 ss.

c) *Elemento relacional*

49 Los delitos anteriormente condenados y el cometido con posterioridad deben hallarse en una determinada relación: han de estar **comprendidos «en el mismo título de este Código»** y ser **«de la misma naturaleza».** El CP actual ha dejado de considerar constitutiva de reincidencia la comisión de un delito tras haber sido condenado por otro de naturaleza distinta. Ahora sólo es agravante la llamada «reincidencia específica» y no la «reincidencia genérica» que antes se contentaba con que el culpable hubiese sido condenado por delito a que la ley señalara pena igual o mayor o por dos o más delitos a que aquélla señalara pena menor. La relación exigida ahora para la reincidencia pretende ser cualitativa y asegurar una cierta semejanza entre los hechos en juego.[33]Antes sólo se exigía para la reincidencia específica que los delitos en juego estuviesen comprendidos en el mismo Capítulo. Ahora basta que los delitos estén comprendidos en un mismo *título*, pero a cambio se exige, más correctamente, que sea *de la misma naturaleza*.

50 Al no poderse entender comprendidas en un *solo* título del Código, la **tentativa** y las **formas de participación** no pueden dar lugar, ni en concurrencia con un delito consumado del autor ni entre sí, ni como antecedentes ni como delitos actuales, a la reincidencia. Esta conclusión no resulta plausible en todos los casos, pero es una consecuencia inevitable del carácter formalista del requisito de comprensión en un mismo título.[34] No subsiste, ni siquiera, la posibilidad de estimar en todos estos casos la reincidencia genérica.

51 Las **modificaciones legislativas** que afecten a la presencia de algunos de los elementos de la reincidencia (así, suprimiendo el carácter delictivo o cambiando de título el delito anterior) y tengan lugar con posterioridad al cumplimiento de la anterior condena, plantean importantes problemas que deben resolverse atendiendo al criterio de que el art. 2, 2 CP impone la retroactividad de las leyes penales más favorables.

52 No podrán exceptuarse las modificaciones que aumentasen las cuantías requeridas para determinados delitos (como la cifra de 400 euros en el hurto del art. 234 CP o la de 120.000 euros en el delito contra la Hacienda Pública del art. 305 CP). Aunque tales modificaciones únicamente pretendiesen (como ha ocurrido en el pasado) contrarrestar la pérdida de valor adquisitivo del dinero, deberían aplicarse retroactivamente por ser más favorables para el reo.[35]

53 La circunstancia de reincidencia es **personal e incomunicable** a los coautores o partícipes en quienes no concurran (art. 65, 1 CP), pero no por ello deja de ser preciso, para que concurran, que el sujeto **conozca** sus presupuestos objetivos.[36]

---

33. Sobre la diferente relación exigida antes para la «reincidencia« y la «reiteración» (o reincidencia genérica) cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 194 s., 362 ss.
34. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 367 ss.
35. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 243 ss., 278 ss., 384 ss., 401 ss.
36. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 294 s. y 405.

IV. La circunstancia mixta de parentesco

54 Según el **art. 23 CP**, «es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

55 Este precepto modificó ligeramente en 1995 el del anterior art. 11, que había sufrido una ampliación importante por obra de la reforma de 1983 al extenderse la circunstancia a los casos de «persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad».[37] Adviértase que la posibilidad de *analogía* que se introdujo («análoga relación») puede redundar *en perjuicio del reo*, lo que sucederá cuando la circunstancia deba agravar. Ello resulta discutible desde el prisma del principio de legalidad y del *mandato de determinación de la ley penal*. En 1995 se añadió la exigencia de que la relación de afectividad sea *«estable»*. La LO/15 2003 modificó el fragmento final del precepto para incluir la relación de «cuasi afinidad» con el «conviviente».

56 En la práctica, suele considerarse ésta una circunstancia **agravante** en los delitos contra la vida o la integridad física de las personas —hasta 1995 la propia ley consideraba más grave el parricidio que el homicidio: desaparecido aquel delito, el parentesco entre el que mata y su víctima agravará la pena según el art. 23— y **atenuante** en los delitos contra la propiedad —siguiendo el criterio del Código al eximir de pena a los que cometen ciertos delitos contra la propiedad de determinados parientes (art. 268)—. No obstante, no hay que olvidar, y así lo tiene en cuenta la jurisprudencia, que la ley condiciona el efecto de la circunstancia a los «motivos» del delito, lo que debe interpretarse en el sentido de que no puede atenderse sólo y automáticamente a la «naturaleza» abstracta del delito. El TS llega a negar la estimación de todo efecto, atenuante o agravante, al parentesco cuando entiende que no opera como motivo dotado de la suficiente intensidad, y aunque se trate de delitos en los que en otras ocasiones se estime la circunstancia.[38]

57 Es ésta —la no estimación de atenuación ni agravación— una posibilidad que no se hallaba prevista por la letra de la ley antes de la reforma de 1983, pero que era ciertamente razonable: no dejaría de ser absurdo permitir al tribunal valorar libremente si el parentesco ha de tener los efectos opuestos de atenuar o agravar y no dejarle, en cambio, la posibilidad intermedia de no modificar la responsabilidad penal; al valorar si la circunstancia ha de atenuar o agravar, bien puede suceder que el juzgador llegue a la conclusión de que no hay razones para atenuar, pero tampoco para agravar. Ya hemos visto que esta posibilidad fue reconocida expresamente por la reforma de 1983.

58 Se discute la **naturaleza dogmática** de la circunstancia de parentesco y, en concreto, si afecta al injusto penal o a la «culpabilidad» (imputación personal). Si puede agravar la pena

37. Sobre esta reforma cfr. Quintero/Muñoz Conde, Reforma, pp. 98 s.
38. Cfr. Córdoba Roda, ADPCP 1967, pp. 176 s.; Bajo Fernández, Parentesco, pp. 40 ss.

ya se comprende que, según el planteamiento dogmático que defendemos, no puede afectar a la imputación personal. Y, ciertamente, no modifica ni la imputabilidad ni la normal exigibilidad de la conducta. Las expectativas sociales derivadas de la relación de parentesco pueden conferir al hecho una mayor o menor gravedad.[39] Ello afecta al grado del *injusto penal* (en su parte objetiva —«naturaleza» y «efectos» del delito— y en su parte subjetiva —«motivos» del delito—), y no a su posibilidad de atribución al sujeto (imputación personal).[40]

59 Para que el parentesco pueda tenerse en cuenta, el TS requiere que de hecho *no haya perdido su significado de vinculación* entre los parientes. Así, la sent. 23 abril 70 rechazó la circunstancia cuando, por concurrir «profunda enemistad y odio mutuo», «no puede hablarse de vínculos de parentesco entre los protagonistas», puesto que «había cesado toda relación familiar y se conducían como extraños». Ello sucederá, *a fortiori*, cuando el agente desconozca la relación de parentesco, por lo que es preciso el **conocimiento** de dicha relación.[41] La necesidad de la existencia de una efectiva vinculación entre los parientes viene a confirmarse por la redacción del art. 23, cuando habla de la «análoga relación de afectividad».

60 Por **«agraviado»** se entiende no sólo el sujeto pasivo (el titular del bien jurídico esencial al hecho), sino también la persona sobre la que recae la acción (objeto material), aunque no sea titular del bien jurídico típico (por ejemplo, el agente de la Autoridad en un delito de atentado).

39. Así Córdoba Roda, ADPCP, 1967, p. 175.

40. De otra opinión: Bajo Fernández, Parentesco, pp. 38 s.; Alonso Álamo, El sistema, pp. 745 ss.

41. También así STS 15 sept. 86, que cita otras muchas en la misma línea. Cfr. en este sentido Córdoba Roda, ADPCP, 1967, p. 175; Bajo Fernández, Parentesco, p. 57 (en pp. 51 ss. destaca este autor la necesidad de vinculación afectiva, que no necesariamente requiere cariño, ausente sin duda en muchos delitos cometidos entre parientes); Alonso Álamo, El sistema, p. 748. Ver también las SSTS 10 nov. 98, 4 jun. y 14 nov. 2001.

Lección 27.
UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS. CONCURSO DE LEYES

Bibliografía

Abels, Die «Klarstellungsfunktion» der Idealkonkurrenz, 1991; Álvarez, Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el art. 242, La Ley, nº 4207, 15 en. 1997; *Antón Oneca*, Delito continuado, en NEJ, t. VI, 1954, pp.448 ss.; *Ayala*, El delito masa, en Unidad y pluralidad de delitos, CDJ 1995, pp. 271 ss.; *Blei*, Die natürliche Handlungseinheit, JA 1973, pp. 95 ss.; *Burgstaller*, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBI 1978, pp. 39 ss.; *Camargo Hernández*, El delito continuado, 1951; *Cardenal Montraveta*, Homicidio intentato y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿concurso de leyes o concurso de delitos?, ADPCP 1995, pp. 1009 ss.; *Carranza Tagle*, Introducción al concurso de delitos. Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva, 2011; *Castelló*, El concurso de normas penales, 2000; *Castiñeira Palou*, El delito continuado, 1977; *la misma*, El delito masa, Homenaje a Antón Oneca, 1982; *Choclán*, La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos. (A propósito de la STS de 11 junio 1997), RPJ (49) 1998, pp. 271 ss.; *el mismo*, El delito continuado, 1998; *Cid*, Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos, ADPCP 1994, pp. 29 ss.; *Cobo*, Sobre el delito continuado. (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales), CDJ, 1995, pp. 243 ss.; *Cuello Contreras*, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal, ADPCP 1979, pp. 45-91, 451 ss.; *Cuerda Riezu*, Concurso de delitos y determinación de la pena, 1992; *el mismo*, La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto de CP de 1992, en A.A.V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 299 ss.; *el mismo*, La unidad de delito en la jurisprudencia del TS, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 341 ss.; *el mismo*, El concurso real y la acumulación de penas en la STS 197/2006, caso H. Parot; *De Sola Dueñas*, Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas, ADPCP 1994, pp. 279 ss; *Escuchuri*, Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica, 2004; *Fernández Carrasquilla*, El delito continuado, Bogotá, 1984; *García Albero*, Sobre la denominada «unidad natural de acción», ADPCP 1994, pp. 211 ss.; *el mismo*, «Non bis in idem» material y concurso de leyes penales, 1995; *Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *Geppert*, Grundzüge der Konkurrenzlehre, Jura 1982, pp. 358 ss., 418 ss.; *Gimbernat*, Concurso de leyes, error y participación en el delito, ADPCP 1992, pp. 833 ss; *Gössel*, Anmerkung zu BVerfG, JR 1982, pp. 108 ss., 111 ss.; *Hernández Plasencia*, Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?, ADPCP 1994, pp. 111 ss.; *Hernández-Romo/González Cussac*, ¿Existe el principio de "la ley especial deroga la ley general" en materia penal?: la confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, RP (29) 2012; *Jescheck*, Die Konkurrenz, ZStW 67 (1955), pp. 529 ss.; *Joshi*, Unidad de hecho y concurso medial de delitos, ADPCP 1992, pp. 613 ss.; *la misma*, Robo con toma de rehenes..., ADPCP 1992, pp. 349 ss.; *Kindhäuser*; *Normverstoß und natürliche Handlungseinheit*, JuS 1985, pp. 105 ss.; *Klug*, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 (1956), pp. 39 ss.; *el mismo*, Sobre el concepto de concurso de leyes, en el mismo, Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho,

1989, pp. 55 ss.; *Krauss*, Zum Begriff der straflosen Nachtat, GA 1965, pp. 173 ss.; *Kühl*, Das leidige Thema der Konkurrenzen, JA 1978, pp. 475 ss.; *Landrove*, Los fraudes colectivos, 1978; *Lippold*, Zur Konkurrenz bei Dauerdelikten..., 1985; *Maiwald*, Die natürliche Hand-lungseinheit, 1964; *Marín de Espinosa*, La continuidad delictiva: un análisis comparado con el sistema alemán, La Ley 2002-1, pp. 1812 ss.; *Mir Puig*, Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos, ADPCP 1987, pp. 203 ss.; *el mismo*, Sobre la relación entre parricidio y asesinato, en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 823 ss.; *Nowakowski*, Fortgesetzte Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge, 1950; *Peláez de las Heras*, El delito continuado, 1942; *Peñaranda Ramos*, Concurso de leyes, error y participación en el delito, 1991; *Polaino Navarrete*, Nota sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previsto en la regla 2ª del art. 70 CP, CPC 13 (1981), pp. 81 ss.; *Posada Maya*, Aspectos fundamentales del delito continuado, 2012; *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *la misma*, Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982, pp. 143 ss.; *Quintero*, La polémica presencia del Derecho penal en los problemas concursales, RDPCr (2) 1998, pp. 101 ss.; *Reol Suárez*, El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa, ADPCP 1958, pp. 21 ss.; *Rodríguez Ramos*, Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes. Exégesis crítica del art. 8 CP, AJA (330) 1998; *Roig Torres*, El concurso ideal de delitos, 2011; *Del Rosal*, El delito continuado, RGLJ jun. 1964; *Sanz*, Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995, LH Torío López, 1999, pp. 505 ss.; *el mismo*, El concurso de delitos, 1986; *el mismo*, Alternatividad de leyes penales en AA.VV., Estudios penales en memoria del Prof. Fernández Albor, 1989, pp. 663 ss.; *el mismo*, Concurso de delitos y pluralidad de procesos, en Rev. Jur. de Asturias, 1994; *el mismo*, El concurso de delitos en la reforma penal, Cuadernos de Derecho procesal, 1995; *Sáinz Cantero*, El delito masa, ADPCP 1971, pp. 649 ss.; *Sanz Morán*, Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal, 2012; *el mismo*, Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal, en LH al Prof. Rodríguez Ramos, 2013; *Schmidhäuser*, Die «Gesetzesverletzung», en Festschrift für Dünnebier, 1982, pp. 416 ss.; *R. Schmitt*, Die Konkurrenz im geltenden und zukünftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), pp. 43 ss., 179 ss.; *Schmoller*, Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts, 1988; *F. Chr. Schroeder*, Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten, Jura 1980, pp. 240 ss.; *Soto Nieto*, Nueva aportación jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 74.2 del Código Penal, La Ley 1999-4, pp. 1731 ss.; *el mismo*, Delito continuado. Infracciones contra el patrimonio. Determinación de la pena, La Ley 1999-3, pp. 1817 ss.; *Struensee*, Die Konkurrrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *Suárez López*, El concurso real de delitos, 2001; *Torres-Dulce*, El concurso ideal de delitos: una aproximación doctrinal y jurisprudencial, en Unidad y pluralidad de delitos, CDJ 1995, pp. 75 ss.; *Vives Antón*, La estructura de la teoría del concurso de infracciones, 1981; *Vogler*, Funktionen und Grenzen der Gesetzeseinheit, en Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 715 ss.; *Wahle*, Die sogenannte «Handlungseinheit durch Klammerwirkung», GA 1968, pp. 97 ss.; *Warda*, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, pp. 81 ss.; *el mismo*, Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, en Festschrift für Oehler, 1985, pp. 241 ss.; *Wegscheider*, Echte und scheinbare Konkurrenz, 1980; *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikten, 1981; *Wilhelm*, Die Konkurrenz zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten, tesis, Münster, 1992.

1 Dos son los objetivos centrales de esta lección: por una parte, esclarecer el tratamiento jurídico de los casos en que un mismo sujeto es condenado por varios delitos —casos que, como veremos, no se resuelven simplemente sumando las distintas penas correspondientes a los diferentes delitos; por otra parte, plantear y resolver la problemática que suscita la concurrencia de varias disposiciones penales aparentemente aplicables a un hecho cuando, sin embargo, sólo una debe aplicarse. Lo primero obligará a decidir previamente cuándo concurre unidad y cuándo pluralidad de delitos, lo que presupone la cuestión de la **unidad y pluralidad de hechos**, y a distinguir las dos clases de pluralidad de delitos: el **concurso ideal de delitos** y el **concurso real de delitos**. Lo segundo plantea el tema del **concurso de leyes**.

I. La unidad de hecho (o de acción)

1. Antes de abordar el examen de las clases de concursos de delitos es preciso decidir **cuándo concurre un hecho y cuándo varios**. La cuestión es previa porque de ella depende la clase de concurso de delitos: cuando concurren *varios hechos* que dan lugar a varios delitos se habla de «concurso real», mientras que cuando *un solo hecho* constituye dos o más delitos tenemos un «concurso ideal». El Código penal parte también de esta distinción cuando somete a un tratamiento diferenciado los casos en que «un sólo hecho constituya dos o más delitos» (art. 77). No cabe, pues, prescindir de la problemática de la unidad o pluralidad de hechos y entender que basta estudiar la unidad y pluralidad de delitos.[1] **2**

2. Varios son los **criterios** que se han propuesto **para determinar la unidad de hecho.** Desde luego, hay que descartar la posibilidad de atender exclusivamente a *datos naturalísticos*, pues ni es posible buscar una clara solución de continuidad a los movimientos fisiológicos, ni éste es el punto de vista que utilizamos normalmente para afirmar que existen una o varias acciones. **3**

Sería absurdo pretender que los innumerables movimientos musculares que llevan a disparar sobre una persona constituyen otros tantos hechos en el sentido del Derecho penal: si el disparo causa la muerte de la víctima hablaremos de una sola acción homicida. El concepto de unidad de hecho es, pues, *valorativo*, en el sentido de que depende de una determinada valoración según la cual varios movimientos musculares deben contemplarse como formando una unidad. En esto habría acuerdo en la doctrina. Las opiniones se separan a la hora de decidir *qué punto de vista es el que decide dicha valoración.* **4**

A) a) Un importante sector de la doctrina y la práctica acude en Alemania al criterio de la **concepción natural de la vida**. La valoración de cuándo varios movimientos corporales constituyen una sola acción quedaría confiada al punto de vista de la sociedad, según los usos normales. Dos elementos serían importantes al respecto: la unidad de propósito y la conexión espacio-temporal.[2] **5**

b) Más precisa es la opinión de quienes sostienen que el criterio para valorar un hecho como unitario en Derecho penal sólo puede ser *jurídico* y, más **6**

---

1. En el sentido del texto se manifiesta la doctrina dominante, tanto en Alemania como en España. En Alemania, por todos, cfr. Jescheck, Tratado, p. 995; Rudolph Schmitt, ZStW 75 (1963), pp. 45 s. y 214 s.; Stratenwerth, AT, 17/1. En España cfr. Antón Oneca, PG, pp. 455 ss.; Cuello Calón, PG, pp. 688 ss.; Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 314 ss.; Vives Antón, Estructura, pp. 9 ss. El concepto de unidad de hecho no es innecesario, como cree Rodríguez Devesa, PG, p. 790, ni puede sustituirse por el de tipo, como parece sugerir Cuello Contreras, ADPCP 1979, pp. 63 s. (aunque a renglón seguido no puede prescindir de manejar como factor decisivo el concepto de unidad de acción: pp. 64 ss.; así p. 66: «el concepto de unidad de acción produce el efecto de impedir estimar concurso real de delitos»). Contrario al concepto de unidad de acción de lege ferenda, aunque favorable de lege lata, Geerds, Konkurrenz, pp. 423 ss.

2. Cfr. p. ej. Schmidhäuser, AT (1975), pp. 724 ss.; Warda, JuS 1964, p. 83. En nuestro país cfr. en esta línea Antón Oneca, PG, p. 455. Vid. STS 26 dic. 88.

en concreto, según se desprende del **sentido del tipo** correspondiente.[3] Ésta es la solución preferible, puesto que existen distintos puntos de vista posibles para decidir socialmente la presencia de un solo hecho y es lógico que el Derecho penal elija de entre ellos el que le es propio. Así, por ejemplo, un homicidio podría verse como parte de un hecho más amplio consistente en un atentado contra varias personas y, viceversa, como una suma de actos parciales que puedan tener sentido por sí solos; pero para el Derecho penal el homicidio constituye la unidad valorativa decisiva, puesto que es la que importa para decidir la presencia de *un hecho típico*. La descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho.

7 **La terminología** que empleamos de **«unidad de hecho»**[4] tiene la ventaja, sobre la de «unidad de acción», que permite vincularla a la unidad típica sin desconocer que el tipo describe a menudo varias «acciones»: toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos. Pero lo único que importa para decidir si existe un concurso real o un concurso ideal, y por tanto, si varios delitos se hallan constituidos por varios hechos o por uno solo, es la unidad de hecho, no la de actos.

8 Ello no supone, viceversa, que siempre que exista unidad de hecho deba concurrir un solo tipo y un solo delito. Ya hemos visto que, según admite la ley, un solo hecho puede constituir dos o más delitos (art. 77). Por otra parte, una conducta puede constituir al mismo tiempo un hecho, desde el punto de vista de un determinado tipo (así, el apoderamiento con violencia física, sería *un* hecho de robo), y *varios* hechos desde el prisma de otros tipos (en el ejemplo habría también dos hechos ya típicos por separado: el apoderamiento y las violencias). Lo que quiere decir que la unidad de hecho depende de la unidad típica es, pues, que puede hablarse de un hecho en cuanto la conducta pueda realizar un tipo, con independencia de que *además* realice otros tipos.[5]

9 B) Una vez decidido que la unidad de hecho depende de la descripción típica, se plantea la cuestión de **qué elementos del tipo deben tomarse en consideración.** La doctrina dominante atiende a la *conducta* típica, mientras que rechaza el punto de vista del número de *resultados*.[6] Así, se afirma que realiza un solo hecho quien causa la muerte de varias personas mediante una sola conducta de colocación de una bomba.[7] Aunque nadie duda que en este caso existirán tantos delitos de homicidio cuantas víctimas se produzcan, se mantiene que ello tiene lugar a través de un solo hecho porque la conducta típica es sólo una —sería un ejemplo

3. Cfr. p. ej., Geerds, Konkurrenz, pp. 249 ss.; Maiwald, Handlungseinheit, pp. 66 ss.; Jescheck, Tratado, p. 997. En esta dirección Córdoba Roda, Comentarios, II, p. 315.

4. Usa también esta terminología en base a los arts. 68 y 71 del anterior CP Córdoba Roda, Comentarios II, p. 314. De acuerdo Vives Antón, Estructura, p. 10.

5. Cfr. sobre esto último Córdoba Roda, Comentarios II, p. 315.

6. Cfr. p. ej., Jescheck, Tratado I, p. 996; Welzel, Lb., pp. 224 s.; Antón Oneca, PG, pp. 456 s.; Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 314 s.

7. Cfr. Cuello Contreras, ADPCP 1979, pp. 64 ss.; Welzel, Lb., p. 225.

de «concurso ideal de delitos», que, como se verá recibe un tratamiento más benévolo que el «concurso real» por parte del Derecho positivo.

Pero, si se acoge el punto de vista de la descripción típica, esta solución no resulta coherente. Los tipos no sólo describen conductas, sino que ello sólo sucede en los delitos de mera actividad. Los tipos de resultado material exigen incorporar este resultado, como elemento decisivo, a la «unidad de hecho» de que se trate —al menos en Derecho español, en que la ley se fija en la unidad de «hecho», no de «acción» *(Handlung)* como el StGB alemán. **10**

Así, cuando mediante una sola conducta (como colocar una bomba) el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varias muertes, realizará no sólo un hecho de homicidio, sino tantos hechos de homicidio cuantas muertes haya ocasionado o intentadodolosamente (en este sentido el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª TS de 20 enero 2015): tanto subjetiva como objetivamente, tal comportamiento tendrá un sentido fáctico y típico plural —pues la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de cada causación (dolosa) de un resultado, siendo en él en cambio irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplee para la causación. **11**

Ahora bien, algunos tipos –como el de hurto o el de injurias– permiten unificar en un solo hecho diversos resultados e incluso diversos comportamientos en virtud de la llamada "unidad natural de acción" (cfr. *infra*, 3). Por otra parte, también constituirá un solo hecho la lesión *ideal* de varios bienes jurídicos mediante un solo proceso (conducta y/o resultado) empírico. El matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio, tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba. En cambio, el causar lesiones graves a un agente de la Autoridad dará lugar a un solo hecho, a un solo proceso empírico, aunque constitutivo de dos delitos, de lesiones y de atentado. La unidad empírica lesionará idealmente dos bienes jurídicos distintos: la integridad física de la persona de la Autoridad y el orden público al que sirve). **12**

3. Ya se ha dicho más arriba que no deja de existir un solo hecho por la circunstancia de que el tipo realizado describa varios actos. Es lo que ocurre en los **«delitos de varios actos»** (como el de robo con violencia o intimidación, que requiere el apoderamiento y la violencia o intimidación) y en el **«delito permanente»**. En todos estos casos sigue hablándose de **«unidad de acción en sentido estricto»**, aunque como hemos dicho, sería preferible hacerlo de «unidad *de hecho* en sentido estricto».[8] **13**

Mas también se consideran casos de **unidad de hecho, «en sentido amplio»,** otros supuestos en que el sujeto sólo formalmente realiza varios hechos típicos: los casos de **realización repetida del tipo** en que ésta se produce por actos inmediatamente sucesivos, y los de **realización progresiva del tipo**. Ejemplos del primer grupo de casos serían el «tomar» varias cantidades de dinero en distintos viajes inmediatamente sucesivos o «injuriar» repetidamente a otro en un breve espacio de tiempo. La realización progresiva del tipo se refiere a casos en que el sujeto se aproxima a la consumación del tipo pasando por fases anteriores ya punibles (tentativa: **14**

8. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 997 s.; Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 315 s.; Stratenwerth, AT, 17/2 ss.

p. ej.: no se consigue matar hasta el tercer disparo) o en que la ejecución se divide en dos o más partes por sí solas ya típicas.[9] En todos estos casos la unidad de hecho ha de fundarse en el *sentido del tipo*, que debe permitir y aconsejar su estimación unitaria. Ello tiene lugar en los casos contemplados porque la repetición o progresión aumenta sólo cuantitativamente la gravedad objetiva del hecho y no varía la situación motivacional del autor. La doctrina habla en estos casos de **«unidad natural de acción»**, y es cierto que en ellos existe un *contexto situacional y motivacional unitario* según la valoración usual[10]. Pero que además sea posible afirmar una unidad de hecho a efectos jurídico-penales, dependerá de la interpretación del tipo y no sólo de una valoración prejurídica.[11] Así, p. ej., quien mata dolosamente a varias personas en una misma ocasión no puede decirse que realice un solo hecho aunque sean unitarias la ocasión objetiva y la motivación subjetiva, porque el tipo de homicidio doloso, como el de asesinato, no lo permite. La valoración social unitaria de varios actos contiguos no opera *por sí sola*, sino como criterio —junto a otros criterios jurídicos— del que puede partir la interpretación del tipo.

15 4. El **delito continuado** constituye otra construcción de la doctrina y la jurisprudencia, acogida expresamente en el CP desde 1983, para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por sí solos delictivos y no producidos en forma de «unidad natural de acción», como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una **«unidad jurídica de acción»**.[12]

16 *Ejemplo:* El cajero de un Banco se apropia en distintas ocasiones de diferentes cantidades, siguiendo un designio unitario o bien aprovechando circunstancias parecidas. Si se admite la presencia de un delito continuado se le juzgará por un solo delito contra la propiedad por el monto total de lo sustraído. El padre yace con su hija en repetidas ocasiones durante varios días. De apreciarse delito continuado se le imputaría un solo delito de abuso sexual.

17 A) Tres diferentes teorías dan respuesta a la cuestión de la **naturaleza jurídica** del delito continuado: la teoría de la ficción, la teoría realista y la teoría de la realidad jurídica.[13]

---

9. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 998 s.; Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 316 s.; Stratenwerth, AT, 17/5 ss. Sobre la realización progresiva del tipo cfr. también infra, III 2 B nota 56.

10. Sobre la necesidad de una unidad subjetiva cfr. Sanz Morán, Concurso, p. 131. Sobre la problemática inversa, de pluralidad objetiva con desconocimiento de la misma por suposición errónea de que se da una situación unitaria, cfr, Mir Puig, ADPCP 1987, pp. 203 ss.

11. Cfr. Maiwald, Handlungseinheit, p. 90; Jescheck, Tratado, pp. 998 s.; Stratenwerth, AT, 17/11; Welzel, Lb., p. 226; *García Albero*, ADPCP 1994, pp. 218 ss.

12. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 1001. También se habla en este caso de «nexo de continuidad»: así, Stratenwerth, AT, 17/12 ss. También SSTS 919/2004 de 12 jul., 1038/2004 de 21 set., 115/2007 de 22 en. y 390/2007 de 26 abr.

13. Cfr. sobre esto Castiñeira Palou, Delito continuado, pp. 17 s.; Antón Oneca, PG, pp. 464 s.

18 a) La **teoría de la ficción**, ampliamente aceptada en Italia, sostiene que el delito continuado supone realmente una pluralidad de hechos que daría lugar a un concurso real de delitos si no fuera porque se admite la *ficción* jurídica de que existe un solo delito, con objeto de evitar la acumulación de penas. La ficción se apoyaría en la unidad de designio.

19 Esta doctrina va ligada al origen histórico de la figura del delito continuado, que se debe fundamentalmente a los prácticos italianos de los siglos XVI y XVII, para evitar la pena de muerte que en el Antiguo Régimen se imponía al tercer hurto.

20 b) Según la **teoría realista**, el delito continuado supondría una *unidad real* de acción, en cuanto los actos parciales responden a un solo designio criminal (unidad subjetiva) y producen una sola lesión jurídica (unidad objetiva). Que la resolución criminal se actúe en una o varias veces afectaría sólo a los modos de ejecución.

21 c) La **teoría de la realidad jurídica**, defendida en Alemania, admite que el delito continuado es una *creación del Derecho*, que cuando no se halla prevista por la ley (como en Alemania y antes en España) ha de fundarse en el Derecho consuetudinario. No requiere la unidad real ni precisa acudir a la idea de ficción basada en la unidad de designio, sino que cree suficiente su admisión jurídica (aunque sea consuetudinaria), debida a razones de utilidad práctica y con independencia de que beneficie al reo.

22 B) Salvo que se aceptase la unidad real de hecho, la figura del delito continuado ha de superar **obstáculos derivados del principio de legalidad** en los países (como el nuestro hasta 1983) en que no se halla prevista por la ley. De ahí que entre nosotros antes de la reforma de 1983 algún autor se inclinase por limitar la estimación del delito continuado a los casos en que no perjudicase al reo,[14] mientras que otros se oponían a la admisión del delito continuado en el Derecho vigente, e incluso a que se introdujera su previsión en el Código, pidiendo que en su lugar se modificaran los preceptos (relativos al concurso y a la fijación de las penas en los delitos contra la propiedad en base a las cuantías) que originaban los problemas que trataban de resolverse mediante la figura del delito continuado.[15]

23 En la práctica se ha aplicado continuamente aun antes de la regulación de 1983 y aunque redundase en perjuicio del reo, sea como expediente *procesal* motivado por la indeterminación de las acciones particulares, sea fundándolo en razones *materiales*.[16]

24 Se admitía sobre todo en los delitos contra la propiedad en que las penas se determinan con arreglo a las cuantías (estimándose un solo delito por la cuantía global), pero también en las falsedades, en el cheque en descubierto, etc. El TS rechazaba, en cambio, el delito continuado en los abusos deshonestos con un mismo sujeto pasivo.[17]

25 Siguiendo el ejemplo del Código penal de 1928, y sobre la base del Proyecto de 1980, el anterior art. 69 bis CP introducido en 1983 confirió base legal a la construcción jurisprudencial del delito continuado mediante su regulación expresa. El actual art. 74 mantiene un texto ampliamente coincidente.

---

14. Así Antón Oneca, PG, pp. 446 s.
15. Cfr. Castiñeira Palou, Delito continuado, p. 211; adhiriéndose Rodríguez Devesa, PG, p. 800; Cuello Contreras, ADPCP 1979, p. 71 nota 84.
16. Cfr. Castiñeira Palou, Delito continuado, pp. 20 ss.
17. Cfr. Gimbernat, Introducción, pp. 155 s., con cita de jurisprudencia .

26 C) Los **requisitos del delito continuado** no se hallaban claramente determinados **antes de la reforma de 1983**. La doctrina consideraba como *fundamentales*: en lo objetivo, la pluralidad de acciones, la unidad de ley violada y a veces la unidad del sujeto pasivo, y, en lo subjetivo, la unidad de designio, propósito, intención o dolo; como *secundarios*: la unidad o identidad de ocasión, la conexión espacial y temporal, y el empleo de medios semejantes.[18] El TS añadía tradicionalmente a estos requisitos, como fundamental, el de indeterminación de las diversas acciones,[19] criterio que últimamente se empezaba a abandonar (cfr. por ejemplo, SSTS 22 oct. 70, 16 jun. 72, 18 nov. 75, 4 jun. 76). No existía unanimidad en cuanto a la exacta **naturaleza del elemento subjetivo**, dividiéndose los pareceres en dos direcciones: a) una exigía un auténtico **dolo conjunto** que abarcara de antemano los distintos actos parciales, solución acogida en sus declaraciones teóricas por el TS, por mucho que de hecho tendiera a deducir la presencia de tal unidad subjetiva de la mera indeterminación objetiva de los actos parciales;[20] b) otra corriente acogía en la doctrina la teoría alemana del **dolo continuado**, consistente en la homogeneidad de la parte subjetiva de los distintos actos, homogeneidad derivada de obedecer cada acto a situaciones motivacionales semejantes. En favor de esta posición se alegaban no sólo razones de realismo, sino en especial el hecho de que sólo este «caer en la misma tentación» criminal justifica el trato más benigno que tradicionalmente se atribuye al delito continuado, por manifestar una voluntad delictiva más débil, a diferencia de lo que sucede cuando existe un plan preconcebido, supuesto que se considera como expresión de una más firme voluntad criminal.[21]

27 El anterior art. 69 bis vino a decidir la necesidad o no de los requisitos anteriores. El **actual art. 74** coincide con aquél en requerir para el delito continuado: 1º) ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; 2º) realización de una pluralidad de acciones u omisiones; 3º) infracción del mismo o de semejantes preceptos penales. La unificación de las distintas acciones puede tener lugar, pues, por dos vías: o bien por la existencia de un *«plan preconcebido»*, lo que equivale al **«dolo conjunto»** y supone una unificación puramente subjetiva, sin que importe la ocasión; o bien por el *aprovechamiento de idéntica ocasión*, lo que exige objetivamente la unidad de ocasión y subjetivamente su aprovechamiento consciente, en forma correspondiente al **«dolo continuado»**. Completa la unidad del delito continuado la *infracción del mismo precepto penal o de preceptos de naturaleza semejante* **(unidad normativa relativa)**. Ver SSTS SSTS 1216/2006 de 11 dic., 600/2007 de 11 set., 11/2007 de 16 en., 416/2007 de 23 mayo, 998/2007 de 28 nov. y 8/2008 de 24 en.

---

18. Cfr. Castiñeira Palou, Delito continuado, p. 30.

19. Cfr. Castiñeira Palou, Delito continuado, p. 35. Cfr. ahora STS 21 abr. 89.

20. Interpreta en este sentido la jurisprudencia Castiñeira Palou, Delito continuado, pp. 77 ss., 130. Entre las SSTS recientes, cfr. en este sentido 16 febr. 70, 30 marzo 10, 12 mayo 70, 29 dic. 70, 9 febr. 71, 10 marzo 71, 5 nov. 71, 12 mayo 72, 16 jun. 72, 20 febr. 75, 12 mayo 75, 10 jun. 75, 23 febr. 76, 16 febr. 77, 28 mayo 77. También así Rodríguez Devesa, PG pp. 798 s.; Camargo Hernández, Delito continuado, pp. 32 y 47.

21. Así Castiñeira Palou, Delito continuado, pp. 144 ss.; Córdoba Roda, Comentarios II, p. 319; Antón Oneca, Delito continuado, NEJ 1954, p. 457.

No exige el art. 74 ni la indeterminación procesal de las diversas acciones ni la unidad del sujeto pasivo. No obstante, el número 3 del mismo artículo viene a requerir que no se trate de **«ofensas a bienes eminentemente personales**, salvo las constitutivas de infracciones contra el *honor* y la *libertad* e *indemnidad sexuales* que afecten al mismo sujeto pasivo.— En estos casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».[22] No cabrá, pues, delito continuado de homicidio, ni de lesiones, etc., pero sí de injurias a un mismo sujeto pasivo. **28**

D) El **tratamiento del delito continuado** por parte del TS **antes de la reforma de 1983** era el siguiente: se estimaba *un solo delito*, con la pena correspondiente al mismo y sin aplicación, por tanto, de las reglas del concurso de delitos. Debían distinguirse, no obstante, dos grupos de supuestos: **29**

a) Aquellos en que cabía *sumar* la entidad de los actos parciales y obtener como resultado un delito único más grave: es lo que sucedía en los delitos contra la propiedad cuya pena se determinaba en función del valor económico del objeto material o del perjuicio: el delito resultante suponía, por ejemplo, un hurto por valor de la totalidad de lo sustraído en los distintos momentos. **30**

b) Los casos en que los actos parciales no eran susceptibles de adición cuantitativa que se reflejase en el delito continuado, que entonces podía no resultar más grave que cada uno de los distintos hechos calificados separadamente (por ejemplo, en delitos de falsedades). **31**

La figura del delito continuado beneficiaba, pues, desigualmente según los delitos: más en los del segundo grupo que en los del primero. Tal resultado contradictorio se había considerado inadmisible por la doctrina.[23] **32**

Según el art. 74, 1, la **pena** correspondiente será la señalada para la *infracción más grave*, que se impondrá *en su mitad superior,*[24] *pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado* (esta última posibilidad fue introducida por la LO/15 2003). Según el art. 74, 2, si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el *perjuicio total causado*. Esta última disposición no es acumulable a la anterior, porque establece un tratamiento *específico* para los delitos patrimoniales que desplaza el general previsto en el número 1 del art. 74. **33**

Así lo ha venido a reconocer la jurisprudencia (SSTS 23 dic. 98, 17 mar. 99, 11 oct. 99), tras otra línea jurisprudencial contraria (todavía STS 31 dic. 97),[25] argumentando tanto con **34**

22. La jurisprudencia suele admitir la posibilidad de delito continuado en lo que antes se denominaba «estupro» y ahora «abusos sexuales»: STS 21 en. 94. La STS 16 jul. 93 también considera aplicable el delito continuado en materia de «*agresiones sexuales*» en determinados casos, en los que ya antes de 1995 se admitía para la violación. Vid. también SSTS 348/2005 de 17 mar., 731/2005 de 10 jun., 820/2005 de 23 jun., 1043/2005 de 20 set., 705/2006 de 28 jun., 1216/2006 de 11 dic. y 553/2007 de 18 jun.

23. Cfr. Castiñeira Palou, Delito continuado, p. 194.

24. Este tratamiento penal era el propugnado por Cuello Contreras, ADPCP 1979, p. 73.

25. Como esta otra jurisprudencia, bajo la vigencia del CP anterior se manifestó a favor del criterio de acumular las dos reglas de determinación de la pena (agravación general y suma del perjuicio total), Cuerda, Concurso, pp. 130 ss.

el hecho —que yo ya había señalado en una edición anterior de esta obra—, de que el CP 1995 dedica un número separado (el 2) en el art. 74 al régimen de los delitos patrimoniales, como con la consideración material de que no parece adecuado castigar con mayor pena (como mínimo la mitad superior) un delito continuado cuya suma total sea de pequeña cuantía, cuando en delitos no continuados de cuantías más graves es posible la imposición de la pena en la mitad inferior. En todo caso, la aplicación conjunta de la agravación del art. 74, 1 y la suma del total económico de los actos parciales supone un *bis in idem*. Tal *bis in idem* volvería a mantener un trato discriminatorio, más grave, para los delitos patrimoniales respecto a los que no lo son. Esta diferencia de trato desaparece si se compensa el hecho de sumar el monto económico de los actos parciales con la exclusión de la agravación del art. 74, 1.

35 El inciso segundo del número 2 del art. 74 se refiere a la figura conocida con el nombre de **«delito masa»** o de **«sujeto pasivo masa»**: «En estas infracciones —contra el patrimonio—, el Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y *hubiere perjudicado a una generalidad de personas»*.

II. El concurso de delitos

36 Existe concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos.[26] En el primer caso se habla de *concurso ideal*, mientras que en el segundo se produce un *concurso real*. Dentro de este último el Código penal distingue el supuesto de que uno de los delitos sea medio necesario para cometer otro *(concurso medial)*. El concurso ideal y el medial reciben el mismo tratamiento jurídico en nuestro Derecho, contraponiéndose al régimen general del concurso real.

1. *El concurso ideal de delitos*

37 A) Habrá **concurso ideal** cuando *«un solo hecho* constituya *dos o más delitos»*. Se halla regulado en el art. 77 CP, que le dispensa un trato más favorable que el correspondiente al concurso real, en atención a que sólo concurre un hecho.

38 La doctrina distingue el concurso ideal **heterogéneo** del concurso ideal **homogéneo**.[27] El primero se produce cuando el hecho realiza delitos distintos, mientras que el segundo se daría cuando los delitos cometidos son iguales.

---

26. Cfr. sobre el último inciso de esta definición, Sanz Morán, Concurso, pp. 111, 246 s.
27. Cfr. Jescheck, Tratado p. 1013; Stratenwerth, PG, n.º 1245.

Ejemplos: Causar lesiones a un agente de la Autoridad constituye un concurso ideal heterogéneo (concurren el delito de lesiones y el de atentado, delitos distintos), mientras que el matar a varias personas con una sola bomba originaría un concurso ideal homogéneo (concurren varios asesinatos, que son delitos iguales). **39**

Según un sector importante de la doctrina, el art. 77 alcanza a ambas clases de concurso.[28] Mi opinión es distinta: no creo que un solo hecho pueda dar lugar a varios delitos iguales. **40**

Un solo hecho puede constituir dos delitos distintos, por ser dicho hecho empíricamente unitario susceptible de ser valorado idealmente como lesivo de dos bienes jurídicos distintos (como el de la integridad física de un agente de la Autoridad y el del orden público al que sirve). ¿Pero cómo puede lesionarse dos o más veces un mismo bien jurídico si no es mediante la concurrencia de hechos distintos? ¿Cómo pueden cometerse dos o más homicidios dolosos a no ser mediante más de un hecho empírico de causación dolosa de muerte? Un solo hecho puede merecer distintas valoraciones desde perspectivas distintas, pero un solo hecho no puede merecer dos o más valoraciones iguales desde idéntica perspectiva sin vulnerar la prohibición de *bis in ídem*. **41**

No veo, pues, posible que un concurso homogéneo de delitos se produzca mediante un solo hecho. Téngase en cuenta que, para que exista un solo "hecho", como requiere el concurso ideal, no basta que se dé una sola *conducta*, si el tipo de que se trate incluye también un *resultado*. Es el caso del ejemplo propuesto de quien mata dolosamente a varias personas mediante una bomba. Existen aquí tantos *hechos* homicidas cuantos resultados de muerte se causen dolosamente. No se trata de un propio concurso ideal, sino de un concurso *real*. Sobre la existencia, en estos casos, de pluralidad de hechos me he extendido ya *supra*, en esta misma Lección, I, 1. Ahora añadiré que sólo admitiendo dicha pluralidad de hechos puede explicarse que en el ejemplo propuesto se afirme la existencia de un concurso de delitos de homicidio, es decir, varios «homicidios». Si no correspondiese un hecho distinto para cada muerte, sólo podría decirse que existe un hecho con varias «muertes», no con varios «homicidios», pues el delito de homicidio no sólo requiere la muerte, sino el *hecho de matar*. Cada delito de homicidio requiere un hecho homicida.[29] **42**

Según esto, el art. 77 CP sólo alcanzaría, en su primer inciso, a los casos en que un solo comportamiento puede vulnerar *idealmente* (¡concurso ideal!) **43**

---

28. Cfr. en este sentido Córdoba Roda, Comentarios II, p. 354; Antón Oneca, PG, pp. 456 s.

29. Cfr. Mir Puig, ADPCP, 1977, pp. 303 s. De acuerdo: Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 773; Silva, La Ley, 30 sept. 1988, p. 2 nota 23.. En contra Sánz Morán, Concurso, pp. 147 s., 149 s. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª TS de 20 enero 2015 ha acogido la solución del texto del concurso real si los distintos homicidios son dolosos (incluso con dolo eventual) y tanto si son consumados como si quedan en tentativa. También así la STS 717/2014 de 29 en. 2015,, que considera que esta solución del concurso real es la de la "jurisprudencia clásica" y cita las SSTS 1837/2001, 122/2010, 365/2013 y 418/2014.

varios bienes jurídicos sin que para ello deba producir otros tantos resultados materiales. Entonces sí podrá decirse que, mientras en el mundo *empírico* tiene lugar un solo «hecho», en la esfera *ideal* de su valoración jurídico-penal constituye «dos o más delitos».

44 B) Tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante incluyen también en el art. 77 CP los supuestos de **coincidencia parcial**, en que el hecho integrante de una figura delictiva forma parte al mismo tiempo de otra, pero sin que ambos hechos se solapen por completo.[30]

45 *Ejemplo:* La falsificación de un documento en sí misma delictiva puede constituir uno de los elementos del delito de estafa (el engaño), si se utiliza en perjuicio de otro; la coincidencia será sólo parcial porque la estafa requiere además del engaño (en este caso documental) otros elementos como el perjuicio y el ánimo de lucro. Mas se discute por los autores si estos casos deben entenderse incluidos en el primer inciso del art. 77, ahora estudiado,[31] o enel segundo inciso del mismo precepto, que se refiere al supuesto de que un delito sea medio necesario para cometer otro. [32] Esta segunda interpretación partiría de la necesidad de res tringir el segundo inciso del art. 77 a casos de unidad de hecho, como sería el ahora examinado, para que viniera a cobijar estos supuestos de concurso ideal y se justificara la unidad de tratamiento de ambos incisos del art. 77. Pero, como veremos, el concurso medial del segundo inciso del art. 77 alcanza a casos de concurso real.

46 Un supuesto particular admitido como de concurso ideal por la doctrina es el de **«unidad de acción por efecto de abrazamiento»**. Concurren aquí dos delitos en sí mismos independientes, pero cada uno de ellos se halla en concurso ideal con un tercer delito que opera como «abrazadera». Este hecho constituye, entonces, tres delitos, lo cual cabe dentro de lo previsto por el art. 77, primer inciso, que se refiere a que un hecho constituya dos *o más* infracciones. Sin embargo, la doctrina dominante rechaza la posibilidad de concurso ideal si alguno de los hechos «abrazados» es esencialmente más grave que el delito que sirve de intermediario. Así, por ejemplo, se deniega que el delito de conducción en estado de embriaguez pueda abrazar a los hechos más graves de homicidio imprudente y huída del lugar del accidente en tal estado.[33]

---

30. Cfr. R. Schmitt, ZStW 75 (1963) pp. 47 s.; Jescheck, Tratado, p. 1014; Stratenwerth, AT, 17/33 ss.; Antón Oneca, PG, p. 356.

31. Cfr. en este sentido, Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 357 s.

32. Así Antón Oneca, PG, pp. 457 s.

33. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 1014 s.; Stratenwerth, PG n.º 1244 (con reservas). En contra, propiciando estimar concurso real, R. Schmitt, ZStW 75 (1963), p. 48.

2. *El concurso medial (delito medio para cometer otro)*

A) Con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 77 equi- **47**
paraba al tratamiento del concurso ideal el del supuesto de que una infracción *«sea medio necesario para cometer la otra»*.

¿Significaba esto que estábamos aquí frente a una manifestación del con- **48**
curso ideal, o se trataba de todos modos de un concurso real particular? En favor de considerar que el concurso medial que examinamos constituía una modalidad de concurso ideal, en la cual la unidad de fin unificaría los distintos hechos, se alegaba su tratamiento penal como concurso ideal.[34] Mas ya se apuntaba en ediciones anteriores de la presente obra que la doctrina parece evolucionar hacia la tesis del concurso real,[35] que contaría a favor con el hecho de que, pese a todo, la ley no habla en este caso de «un solo hecho», sino que más bien parece contraponer la relación de medio a fin al caso de un solo hecho que constituye varios delitos. Probablemente, sin embargo, el **fundamento** de la equiparación del tratamiento legal sea análogo al del concurso ideal y responda a la concepción de los clásicos (como Carrara), que consideraban que constituiría una doble sanción de la misma voluntad castigar por separado los delitos unidos en el plan del autor.

Tras la mencionada reforma, el art. 77.3 CP dispone una **nueva regla de** **49**
determinación de la pena para el concurso medial de delitos.[36]

B) ¿Cuándo es una infracción **medio necesario** para cometer otra? En un **50**
principio se entendió (así Pacheco) que ello sólo ocurre cuando el delito fin no puede cometerse *nunca*, por su propia naturaleza, sin el delito medio *(necesidad en abstracto)*. Tal interpretación chocaba con la teoría del concurso de leyes, que, como se verá, impide la presencia de un concurso de delitos cuando uno de ellos ha de acompañar normalmente al otro (principio de consunción). Hoy se interpreta la necesidad en un *sentido concreto*, requiriéndose sólo que en el caso concreto un delito no pudiera producirse sin el otro. Por supuesto, esta necesidad debe existir objetivamente, y no basta que el sujeto crea que se da —aunque, claro está, también es preciso el conocimiento de la necesidad objetiva.[37]

---

34. Cfr. Antón Oneca, PG, pp. 45, 65; Cuello Calón, PG, pp. 702 s.; Ferrer Sama, Comentarios II, p. 242; Cuello Contreras, ADPCP 1979, p. 66.

35. Cfr. Vives Antón, Estructura, p. 18; Rodríguez Devesa, PG, p. 806; Gimbernat, Introducción, p. 155; Quintano Ripollés, Curso I, p. 264; tácitamente Córdoba Roda, II, pp. 351, 362; SSTS 1620/2001 de 22 set., 123/2003 de 3 febr., 504/2003 de 2 abr., 474/2004 de 13 abr. y 297/2007 de 13 abr.

36. Vid. infra 27/53.

37. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 362 s.; Rodríguez Ramos, Compendio (1986), p. 267; SSTS 30 marzo 87, 9 febr. 90, 19 sept. 96.

3. *Tratamiento del concurso ideal y del concurso medial*

51 Tal y como ya se ha adelantado, hasta la LO 1/2015 ambas clases de concurso eran objeto de un tratamiento legal unitario, más benévolo que el del concurso real. Mientras que este último *parte* del principio de la **acumulación material** de todas las penas correspondientes a los distintos delitos, el art. 77 sigue para el **concurso ideal** el **principio de exasperación** (o **asperación**),[38] que conduce a una pena única agravada, siempre que ello sea más favorable que la acumulación de penas. Según el art. 77, 2, en los casos que ahora contemplamos «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.» En el último inciso del precepto se señala que «[c]uando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado».[39]

52 Este texto legal suscita algunas cuestiones. Sobre el problema, no siempre fácil, de **cuál es el delito más grave**, la gravedad debe decidirse *partiendo* de la clasificación de penas del art. 33, pero teniendo en cuenta que en algún caso el orden de enumeración de penas de dicho artículo no parece asegurar una jerarquía correspondiente. Por ejemplo, no es seguro que la privación del derecho a residir en determinados lugares (letra h) sea menos grave que la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (letra g). ¿A qué penas debe atenderse, a las previstas *en abstracto* por las conminaciones típicas o a las que *en concreto* resultan aplicables por el juego de las reglas de determinación de la pena?[40] La solución se encuentra en un punto medio. Habrá que estar a la pena que corresponda tomando en consideración la necesidad de acudir a la *pena superior o inferior en grado*, pero sin concretarla en su *mitad superior o inferior* en atención a las circunstancias modificativas concurrentes o al posible uso del arbitrio judicial, ya que la ley remite a la mitad superior de la pena más grave y ello parece presuponer que se refiere a la pena que corresponda *antes* de considerar si debe aplicarse en su mitad superior o inferior.[41]

53 ¿Qué debe entenderse por la suma de las penas que «correspondería aplicar» en orden a determinar el límite a que se refiere el nº 2 del art. 77? ¿El

---

38. Cuerda Riezu, Concurso, pp. 167 s., prefiere hablar de «principio de absorción agravada», porque la agravación prevista aquí no desborda el límite máximo de la pena del delito más grave.

39. Considera, en contra de la doc. dom., que la imposición del grado máximo de la pena más grave no es una forma de asperación, porque no rebasa la pena posible del delito más grave, Sanz Morán, Concurso, pp. 30 s.

40. En este sentido Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 368 s.

41. Bajo los Códigos anteriores habían seguido un criterio intermedio semejante la STS 1 julio 75, las Circulares de la Fiscalía del TS de 10 enero y 11 febrero 1908, 30 nov. 42, y Consulta de la Fiscalía del TS 5/1978. Cfr. ADPCP 1979, p. 790.

máximo disponible o las penas que habría impuesto efectivamente el Tribunal? Hay que inclinarse por lo segundo, si se quieren evitar injustificables perjuicios para el reo.[42] En caso de tenerse que penar separadamente los delitos, serán de aplicación las reglas de los art. 73, 75 y 76, aunque el 77 empiece diciendo que los dos últimos no son aplicables a los casos que prevé.

54 En cuanto al **concurso medial,** el nuevo art. 77, 3 dispone que «se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.».[43]

---

42. Cfr. Antón Oneca, PG, pp. 459 s.; Mir Puig, Adiciones, pp. 1023 s.; Consulta de la Fiscalía TS 5/1978, en ADPCP 1979, p. 790.

43. La nueva redacción del art. 77, 3 contiene, al menos, dos puntos que pueden dar lugar a problemas de interpretación de esta regla penológica. De un lado, dicho apartado señala que, en los casos de concurso medial, «se impondrá una *pena superior* a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave». De otro, establece que, para determinar el marco penal concreto, «el juez o tribunal individualizará la pena *conforme a los criterios expresados en el artículo 66*». En cuanto a lo primero, para saber cómo opera esta regla será preciso determinar qué deba entenderse por «una pena superior». Al respecto, caben dos posibles interpretaciones del tenor literal. La primera apunta a que con dicha expresión el legislador, cuyo propósito declarado con esta nueva regulación ha sido el de intensificar la respuesta penal a los casos de concurso medial, ha querido referirse a la pena superior en grado. La segunda interpretación posible entiende por «pena superior» aquella que resulte de sumar, al menos, un día a la pena que habría correspondido a la infracción más grave con el límite máximo del marco penal establecido para dicha infracción. Las consecuencias de aplicar una u otra interpretación de la regla penológica del art. 77, 3 pueden variar de manera considerable, en tanto determinará el límite mínimo del margen punitivo para los casos de concurso medial. El segundo problema interpretativo viene motivado por el recurso que hace el legislador a «los criterios expresados en el artículo 66». En efecto, esta segunda regla de determinación de la pena contenida el art. 77, 3 se remite, a efectos de fijar el marco penal concreto, a las reglas aplicables en los supuestos en que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Sin embargo, dichas circunstancias habrán debido ser tenidas en cuenta para fijar los límites mínimo y máximo del marco punitivo. Esta forma de proceder sería, por tanto, contraria al principio *non bis in idem*. Ante a estos problemas interpretativos, y a falta de criterios jurisprudenciales al respecto, cabe destacar la reciente Circular 4/2015 FGE sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos, en la que la Fiscalía prescribe la adopción de un criterio interpretativo uniforme. Entiende, conforme a razones sistemáticas, que cuando el legislador pretende el efecto propio de la «pena superior en grado» utiliza tal referencia, totalmente consolidada. De esta forma se decanta por entender que "la pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de las penas concretas imponibles por los delitos en concurso". Así, el límite mínimo del marco penal vendría entonces constituido por la determinación concreta de la pena asociada a la infracción más grave; el límite máximo por la suma de las penas concretas por separado. La individualización de las penas dentro de estos límites resultaría de la aplicación de los criterios del art. 66, 1, 6ª (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho), no de las "reglas" del art. 66, "cuya operatividad ya se ha agotado en la concreción de las penas imponibles a todos los delitos concurrentes". Se salva de este modo una más que posible vulneración del principio *non bis in ídem*.

4. *El concurso real*

55 A) Existe **concurso real** cuando *una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos*. Excluiremos aquí la consideración de los casos de pluralidad de hechos que dan lugar a varios delitos unidos en relación de medio a fin, que constituye el supuesto especial de concurso medial ya examinado.

56 B) Existen distintos **tratamientos posibles** del concurso real:

57 a) **Acumulación material** de todas las penas. Es en apariencia la solución más coherente con una perspectiva retribucionista. Mas una pena extinguida después de otra es mucho más aflictiva que si se cumple aisladamente, y una pena que se cumple ante la perspectiva de otra que empezará cuando termine la primera, resulta más dura que si se viera el fin del sufrimiento más próximo.[44]

58 b) **Absorción** de la pena menor por parte de la más grave. Es el criterio opuesto al anterior y lleva consigo la impunidad de los delitos menos graves.

59 c) **Acumulación jurídica**. Supone una vía intermedia entre las dos anteriores y supone una pena más grave que la correspondiente al delito de más gravedad pero no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas. Puede consistir o bien en la atenuación de la pena resultante de la suma de todas las penas particulares, o bien en la agravación del delito más grave **(exasperación o asperación)**.[45]

60 C) El Código *parte* de la **acumulación material** (art. 73), pero la *limita* por medio del principio de **acumulación jurídica** (art. 76). La acumulación material procede siempre que todas las penas puedan cumplirse simultáneamente (art. 73) o de forma sucesiva, en cuyo caso se seguirá el orden de su respectiva gravedad (art. 75). Cuando ello no sea posible, se observarán las reglas previstas por el art. 76:

61 «El máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años.» Se fijan, pues, dos límites generales a la acumulación material, límites que dan paso a la acumulación jurídica: *el triplo de la pena más grave* y, en todo caso, *el tiempo de veinte años*. No obstante, este segundo límite se amplía en los siguientes supuestos: a) será de *veinticinco años* «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta

44. Así Antón Oneca, PG p. 472.

45. Sobre estos principios en Derecho penal español cfr. Cuerda Riezu, Concurso, pp. 25 ss., 97 ss., 165 ss.

veinte años»; b) será de *treinta años* «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años»; c) llegará hasta los *cuarenta años*, «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años»; y d) también llegará a los *cuarenta años* «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años». Los dos últimos supuestos (letras c y d) fueron introducidos por la LO 7/2003.

62 La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar (art. 76, 2 CP).[46]

63 Antes de 1967 se discutía si las limitaciones a la acumulación material regían cuando los delitos no hubieran sido objeto de un mismo proceso. La jurisprudencia entendía que no, aunque ello no resultaba obligado por la letra de la ley. La reforma de 1967 consideró de todos modos necesario ampliar expresamente el alcance de las limitaciones del anterior art. 70, añadiendo la posibilidad de aplicarlas aunque los distintos delitos no se hubieran juzgado en un mismo proceso por razón de su conexión. Ello de hecho supuso una restricción de la anterior regulación, que como hemos dicho no requería la unidad de proceso ni tampoco la conexión de los distintos delitos.[47]

64 El *concepto* de concurso real no puede depender de que sean aplicables las limitaciones del art. 76 por haber sido juzgados los distintos delitos en un mismo proceso o por haberlo podido ser por su conexión.[48] Existen muchos casos de concurso real a los que no resultan aplicables los límites del art. 76, sino que deben tratarse con arreglo al principio de acumulación material. Los requisitos procesales del número 2 del art. 76 sólo afectan al *tratamiento* del concurso real, no a la *presencia* de éste.

III. El concurso de leyes

1. *Concepto*

65 Cuando uno o varios hechos constituyen varios delitos conjuntamente estimables, existe un concurso (ideal o real) de delitos. Se habla en cambio, de

---

46. En contra del principio de acumulación material (que considera inconstitucional) y de sus limitaciones, Cuerda, Concurso, pp. 36 ss., 85, 272 s., prefiriendo un sistema de exasperación obligatoria que reúna determinadas condiciones

47. Cfr. críticamente Córdoba Roda, Comentarios II, pp. 346 ss.

48. En contra, condiciona el concepto de concurso real al hecho de que los delitos hayan sido juzgados en un mismo proceso Jescheck, Tratado, p. 1024. Por su parte, Vives Antón, Estructura, p. 15, condiciona la presencia de concurso real a la posibilidad de un enjuiciamiento unitario por su conexión (cfr. también ibidem p. 40).

«concurso de leyes» cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que *sólo uno puede aplicarse*, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes.[49] Concurre entonces un solo delito.

66 *Ejemplo:* El que mata a otro con alevosía realiza un hecho subsumible en el tipo del asesinato y en el de homicidio. Sin embargo, es evidente que no cabe apreciar aquí dos delitos, sino uno solo: el de asesinato. Este delito tiene ya señalada una pena más grave que basta por sí sola para aprehender todo el desvalor específico del hecho.

67 Existen en la doctrina **dos concepciones** distintas del concurso de leyes. Según la **doctrina mayoritaria** el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren *efectivamente*, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque sólo uno de ellos será aplicable. **Otra dirección** entiende que la concurrencia de los distintos preceptos es sólo *aparente*, puesto que una correcta interpretación de los mismos pone de manifiesto que, desde un principio, en realidad sólo concurre uno de ellos.[50] La primera concepción es preferible por cuanto permite que el precepto o preceptos desplazados puedan ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente y, sobre todo, que pueda aplicarse en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente pero no el desplazado.

68 En cuanto a lo primero, en Alemania la doctrina dominante y la jurisprudencia creen necesario tener en cuenta el precepto desplazado para complementar el preferente en orden a la determinación de la pena o de otras consecuencias aplicables **(principio de combinación)**. Así, si el límite mínimo de la pena señalada por el precepto desplazado es superior al del precepto desplazante (más grave en su límite máximo), no podrá imponerse una pena inferior a la permitida por el precepto desplazado, pues se considera absurdo que la aplicación del precepto más grave pudiera conducir a una pena inferior a la del menos grave. También se tiene en cuenta el precepto desplazado si señala ciertas consecuencias accesorias o medidas no previstas por el precepto desplazante en principio más grave. Por último, se tiene en cuenta el precepto desplazado para agravar la pena del delito estimado. Ello hace que en la práctica exista poca diferencia en Alemania entre admitir concurso de leyes o concurso ideal de delitos, habida cuenta de que en ambos casos hay que acudir generalmente al precepto más grave, que también en ambos puede agravarse.[51]

---

49. Acerca de la diferencia entre concurso de leyes y el concurso ideal, en el mismo sentido que el texto, cfr. Geerds, Konkurrenz, p. 164; R. Schmitt, ZStW 75 (1963), pp. 48 s.; Mir Puig, Libro-Homenaje a Beristain, pp. 831; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 173; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 538 ss.

50. Sobre ambas concepciones y sus consecuencias cfr. Peñaranda, Concurso, pp. 35 ss., 181 ss. Este autor toma partido, acertadamente, por la primera. En esta línea también Mir Puig, Libro-Homenaje a Beristain, p. 831, nota 19. En favor de la segunda opción Gimbernat, ADPCP 1992, pp. 837 ss.

51. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 1040 s.; Stratenwerth, AT, 18/20 s.

69 Más evidente es la necesidad de poder aplicar el precepto desplazado cuando el preferente deja de poder serlo.[52] Así sucederá cuando es **amnistiado o indultado** el delito previsto por el precepto preferente y no lo es el otro. Así sucede también en los casos de **tentativa cualificada desistida**, en los cuales se admite por supuesto la subsistencia del delito consumado constituido por la tentativa[53] (ejemplo: tentativa de asesinato mediante lesiones consumadas, cuando se desiste de aquélla: vuelven a ser punibles las lesiones dolosas). Por último, la teoría de la efectiva concurrencia del precepto desplazado permite fundamentar adecuadamente que pueda acudirse al precepto desplazado cuando la **falta de dolo** impida apreciar el precepto preferente pero no el desplazado (p. ej., cuando alguien induce a otro a golpear «moderadamente» a un tercero y el inducido decide por su cuenta llevar la paliza hasta la muerte: no puede imputarse inducción al homicidio, pero sí inducción a lesiones, aunque el homicidio cometido desplace en principio las lesiones.[54] Lo mismo vale cuando el precepto preferente no puede ser aplicado por **razones procesales**, p. ej., por no haberse calificado el hecho por la acusación como constitutivo del delito previsto en aquel precepto, sino como constitutivo del delito previsto en la ley desplazada, o por algún otro defecto procesal, como la ilicitud de alguna prueba, que afecte al delito preferente pero o al desplazado.

2. *Los principios de solución del concurso de leyes*

70 La decisión de cuándo existe un concurso de leyes (y un solo delito) y no un concurso de delitos, así como, en su caso, la cuestión de qué norma es preferente y cuál debe quedar desplazada, dependen de la *interpretación* de las distintas normas penales en juego. Pero existen distintos principios que la doctrina ha ido elaborando para orientar dicha interpretación y que resultan válidos a condición de que se admita que no suelen ofrecer soluciones automáticas. Los principios más generalmente aceptados son los siguientes: el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción. El actual CP los ha acogido en su art. 8.

71 A) Según el **principio de especialidad**,[55] existe concurso de leyes cuando de los varios preceptos concurrentes uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, y tal concurso de leyes debe resolverse aplicando sólo la ley más especial (*lex specialis derogat legem generalem:* la ley especial deroga la general). Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional: si un precepto requiere los presupuestos a + b y otro los presupuestos a

52. Cfr. Puig Peña, Colisión, p. 73, respecto a los casos de subsidiariedad y consunción.
53. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios I, pp. 137 ss.
54. Así Peñaranda, Concurso, pp. 77 ss., 162 ss. En contra Gimbernat, ADPCP 1992, pp. 840 ss.
55. Existe unanimidad en admitir este principio y en su sentido básico: cfr. R. Schmitt, ZStW (1963), p. 49, que lo considera el único principio dotado de valor lógico. Klug, ZStW 68 (1956), p. 405, dice que la especialidad responde al principio lógico de la subordinación. En España, cfr. Puig Peña, Colisión, pp. 97 ss., 102; Rodríguez Devesa, PG, pp. 186 s. Según Puppe, Idealkonkurrenz, p. 355, «la única forma de concurso de leyes es la especialidad en el sentido lógico estricto», y propone considerar los demás casos (de consunción y subsidiariedad) como de concurso ideal de delitos. En contra de esta posición Stratenwerth, AT, 18/5.

+ b + c, el segundo es más especial que el primero. Todo aquel hecho que realiza el precepto especial realiza *necesariamente* el tenor literal del general, pero no todo hecho que infringe el precepto general realiza el tenor literal del especial. Así, el precepto que prevé el asesinato y el que castiga el homicidio se hallan en esta relación de ley especial/ley general, siendo el primero el precepto especial aplicable. Adviértase que el delito de asesinato requiere los mismos elementos exigidos por el tenor literal del precepto definidor del homicidio (matar a otra persona) más ciertas circunstancias cualificativas del asesinato.

72 El principio de especialidad se admite en el **art. 8, 1ª CP**: «El precepto especial se aplicará con preferencia al general.»

73 B) El **principio de subsidiariedad**[56] interviene cuando un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal. El primer precepto es entonces subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando éste aparece (*lex primaria derogat legem subsidiariam:* la ley primaria deroga la subsidiaria). La subsidiariedad puede ser expresa o tácita, según que se halle prevista expresamente por la misma ley o haya de deducirse de su sentido. Existe **subsidiariedad expresa** cuando un concreto precepto penal condiciona expresamente su propia aplicación a que el hecho por él previsto no constituya un delito más grave (así el art. 172, 1 II). La **subsidiariedad tácita** debe admitirse cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir éste una *forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico*.

74 Varios grupos de casos suelen incluirse entre los supuestos de subsidiariedad tácita. Por una parte, aquéllos en que el sujeto interviene al mismo tiempo **como partícipe y como autor**, o con distintas modalidades de participación (así, **inducción y complicidad)**. Se considera subsidiaria la forma de intervención menos grave, que ha de ceder frente a la más grave. Por otra parte, **el delito imprudente es subsidiario respecto del doloso**. Por último, se dice que las fases delictivas anteriores a otras más avanzadas son subsidiarias de éstas (así, por ejemplo, **la tentativa** se considera subsidiaria **respecto de la consumación**,[57] y

56. Cfr. R. Schmitt, ZStW 75 (1963), p. 49; Jescheck, Tratado, pp. 1036 s.; Puig Peña, Colisión, pp. 74 ss.

57. Así Jescheck, Tratado, p. 1037. Algunos autores consideran que la tentativa y la consumación se hallan en relación de consunción, en la medida en que la tentativa acompaña a la consumación: así Puig Peña, Colisión, pp. 54 ss. Sin embargo, cuando se plantea el problema del concurso de leyes en este caso, no es en el supuesto normal de consumación directamente conseguida a través de un primer intento eficaz, puesto que aquí deja de haber tentativa según la definición del art. 16 CP, que exige para ella que el resultado no se produzca. Sólo cabe hablar de concurso (de leyes) entre tentativa y consumación cuando ésta se produce tras un primer intento fallido. Y no puede decirse que la consumación vaya acompañada normalmente de intentos fallidos previos, como exigiría la consunción. En este sentido cfr. García

los delitos de peligro concreto respecto de los de lesión del mismo objeto de la acción afectado, mientras que se niega que lo sean los delitos de peligro *abstracto* porque suponen un peligro más colectivo que no se agota en la lesión que se produzca).

El **art. 8, 2ª CP** viene a reconocer el principio de subsidiariedad y sus moda- **75**
lidades: «El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible».

C) El **principio de consunción**[58] conduce a afirmar que un precepto des- **76**
plaza a otro cuando por sí solo incluye *(«consume»)* ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad. Adviértase que también estos otros principios suponen criterios para decidir cuándo un precepto basta por sí solo para valorar el contenido del injusto de uno o varios hechos. El principio de consunción sirve, pues, como criterio al que hay que acudir cuando uno de los preceptos en juego es suficiente para valorar completamente el hecho y no existe una forma más específica de solución del concurso de leyes. Sin embargo, la doctrina trata de precisar más los casos en que puede operar la idea de la consunción, por sí sola poco útil. Se incluyen aquí los dos grupos de casos siguientes:

a) Los supuestos de un **hecho que acompaña normalmente a otro**. Aquí **77**
no llega a suceder, como en la especialidad, que el hecho *necesariamente* realiza la descripción típica de varios preceptos, pero sí que *normalmente* la realización de un supuesto de hecho típico conlleva la de otro. De ahí que se supone que el legislador ha de haberlo previsto al fijar la pena del delito que normalmente supone el hecho acompañante. El ejemplo paradigmático que suele proponerse es el del robo con fractura (por ejemplo, de puerta o ventana), que normalmente entraña ciertos daños normales, aunque sean algo superiores a los estrictamente necesarios. Se entiende que la pena señalada para el robo ya ha

---

Albero, ADPCP 1994, pp. 224 s. En nuestro CP el delito consumado tampoco puede considerarse más especial que la tentativa, como para Alemania sostiene ahora Stratenwerth, AT, 18/15 *in fine* (apartándose de su opinión anterior, según la cual la consumación consumía a la tentativa: Stratenwerth, PG, nº 1190), puesto que en España la consumación no incluye todos los elementos de la tentativa: no incluye que el delito no se haya producido por causas independientes de la voluntad del autor (art. 16 CP). Por otra parte, contra lo que opina Sanz Morán, Concurso, pp. 130, nota, y 124) no constituye una duplicidad inútil distinguir entre la cuestión de si existe en estos casos unidad o pluralidad de hechos (existe unidad en caso de realización progresiva del tipo: cfr. supra, I 3), y la de si debe afirmarse concurso de delitos o concurso de leyes. Ni la unidad de hecho impide la posibilidad de concurso ideal de delitos (ej.: realización progresiva de un atentado con homicidio), ni la pluralidad de hechos excluye la posibilidad de apreciar concurso de leyes.

58. Cfr. Geerds, Konkurrenz, p. 203 s.; R. Schmitt, ZStW 75 (1963), p. 49, aunque admite la conveniencia de distinguir el principio de consunción, cree que cabría en realidad dentro del de subsidiariedad, por responder ambos al principio lógico de «interferencia»: cfr. Klug, ZStW 68 (1956), p. 415; Jescheck, Tratado, p. 1038; Puig Peña, Colisión, pp. 45 ss.

de haber sido determinada en atención al conjunto delictivo que normalmente supone. Del mismo modo, es evidente que el homicidio consume las lesiones a través de las cuales se produce, aunque el tipo de homicidio no implica necesariamente infligir tales lesiones (lo cual no impide la posible necesidad concreta de dichas lesiones para ocasionar la concreta muerte).

78 La afirmación de consunción en casos como éste no plantea dificultades cuando la *«lex consumens»* señala una pena esencialmente más grave que los preceptos consumidos. Pero ¿cabe la consunción cuando las penas de los distintos preceptos son similares? En casos como el de robo propuesto, cuando los daños causados tengan por sí solos tanta gravedad como el propio robo, podrá denegarse la consunción por entender que tan graves daños no son ya los previstos como normales al señalarse la pena del robo. Mas en otros supuestos el que un hecho tenga señalada una pena no esencialmente inferior a otro no significa que no le acompañe normalmente, y en tales condiciones podría suponer tener que castigar por varios delitos cuando uno parece suficiente.[59]

79 b) Los **actos posteriores impunes** o, mejor, **copenados**. Son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por otro delito al cual siguen. La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo.

80 *Ejemplos:* El que ha recibido unas joyas para examinarlas gracias a un engaño destinado a apropiárselas, deberá ser castigado sólo por estafa y no, además, por apropiación indebida; el que, tras haber suscrito un contrato de compra-venta a plazos con reserva de dominio con el ánimo inicial de no pagar los plazos y apropiarse del vehículo objeto del contrato, así lo hace, debe ser condenado sólo por estafa y no, además, por la apropiación indebida; el ladrón que vende al receptador la cosa hurtada no deberá ser castigado, además de por hurto, por inductor del delito de receptación.

81 El **art. 8, 3ª CP** se refiere al principio de consunción de una forma insatisfactoria al declarar que «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

82 Literalmente podría sugerir lo contrario del principio de especialidad, esto es, que la ley más general («más amplia») desplaza a la más especial. Por otra parte, en cambio, el precepto más «complejo» puede ser uno más especial (como el que castiga el robo con intimidación respecto a los que castigan el hurto y las amenazas). Ni una ni otra interpretación son convenientes, pues la primera contradiría lo dispuesto en el propio art. 8, 1ª, y la segunda supondría una reiteración innecesaria de esta regla primera. El art. 8, 3ª debe interpretarse desde la óptica del principio de consunción: precepto «más amplio» será el que suponga un desvalor más completo del hecho, y precepto «más complejo», el que suela ir acompañado de la realización de otro u otros sin que los implique siempre lógicamente.

---

59. Sobre esta problemática, con referencias bibliográficas, cfr. Mir Puig, ADPCP 1974, p. 471.

El **art. 8, 4ª CP** formula otra regla que parece responder a lo que en España se entiende por **principio de alternatividad**: «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor». En realidad, la única posibilidad de que no sean aplicables «los criterios anteriores» (especialidad, subsidiariedad y consunción) es que por un *error o descuido del legislador* dos o más preceptos vengan a prever exactamente el mismo hecho. En tal caso deberá aplicarse el que señale pena más grave. Pero entonces lo que sucede es que el precepto menos grave nunca podrá aplicarse, por lo que ha de entenderse *derogado* por el más grave. No se trata, pues, de un verdadero *concurso de leyes*, que exigiría que todos ellos estuvieran en vigor y fueran aplicables en algún caso. **83**

Y, puestos a prever posibles errores del legislador, habría podido contemplarse también el del supuesto de que dos o más preceptos castiguen el mismo hecho *con la misma pena*. Es evidente que en este caso puede aplicarse cualquiera de ellos, pero también lo es que no es posible aplicarlos todos. Aunque este caso no esté previsto en el art. 8 CP, debe resolverse del modo indicado en virtud del **principio de *non bis in idem*** que el TC vincula al de legalidad. **84**

Tercera Parte
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

LECCIÓN 28.
EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL: GENERALIDADES. – LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

BIBLIOGRAFÍA

H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994; *H.-J. Albrecht/Schädler*, Community Service, 1986; *Amnistía Internacional*, www.amnesty.org/es/death-penalty; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 3ª ed., 1980; *el mismo*, Directions et directives de politique criminelle dans le mouvement de réforme pénale moderne, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 779 ss.; *Arroyo Zapatero*, La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña, RFDUC nº 62 (1981), pp. 47 ss.; *el mismo*, Las propuestas político-criminales del Proyecto Alternativo alemán, CPC nº 14 (1981), pp. 309 ss.; *Arroyo Zapatero/Nieto Martín/Schabas*, Pena de muerte: Una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria, 2015; *Bacigalupo*, El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y propuestas latinoamericanas, CPC nº 2 (1977), pp. 3 ss.; *Barbero Santos*, Kriminalpolitische Grundlagen des Sanktionensystems im spanischen Strafrechts seit 1948, ZStW 87 (1975), pp. 397 ss.; *el mismo*, La pena de muerte, problema actual, en el mismo, Estudios de Criminología y Derecho penal, 1972, pp. 143 ss.; *el mismo*, La pena de muerte en la Constitución, Sistema, nº 42 (1981), pp. 31 ss.; *el mismo*, La pena de muerte en España: historia de su abolición, Doctrina Penal, 1980, pp. 207 ss.; *Barbero/Berdugo/Beristain/Cobo/García Valdés/Gimbernat*, La pena de muerte, 6 respuestas, 1975, 2ª ed., 1978; *Barquín*, Sistema de sanciones y legalidad penal, en RPJ (58) 2000, pp. 171 ss., y en Aequitas, Sinaloa (México), 2000, pp. 271 ss.; *Baumann y otros*, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992; *Beccaria*, De los delitos y de las penas, trad. De las Casas (edición de Alianza ed.), 1968; *Berdugo*, Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales, en Sistema, 1981, pp. 57 ss.; *Bergalli*, Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, Jurisdicción, cárcel), 1996; *Beristain*, Contra la sanción capital en la legislación militar, en Eguzkilore, Cuaderno del Instº Vasco de Criminología, nº 1 1987, pp. 51 ss.; *el mismo*, La sanción capital en España..., CPC nº 34 (1988), pp. 13 ss.; *Boldova*, El problema del solapamiento de los límites de las penas en el Código Penal, RDPCr (4) 1999, pp. 755 ss.; *Boldova/Alustey*, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español, 1996; *Bueno Arús*, El sistema de penas en el Proyecto de CP de 1980, RGLJ nº 248 (1980); *Burgstaller*, Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP, ZStW 102 (1990), pp. 637 ss.; *Campanini*, Alternative al giudizio penale nell'ordinamento nordamericano: le techniche di «diversion», RitDP 1983, pp. 131 ss.; *Canepa*, Considérations criminologiques face au problème de la peine de mort, en Libro-Homenaje a Beristain, 1989, pp. 65 ss.; *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, Pene e misure alternative nell'attuale momento storico, 1977; *Cohen*, Visiones de control social, 1988; *Comité Nacional Sueco para la Prevención del Delito*, Un nuevo sistema de penas, ideas y propuestas, introd. de Cerezo Mir y trad. de Díez Ripollés, ADPC 1979, pp. 179 ss.; *Cornils*, Neuere Entwicklungen der Kriminalpolitik in den nordischen Ländern, ZStW 99 (1987), pp. 873 ss.; *Cuello Calón*, La moderna penología, 1958; *Díez Ripollés*, La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003, en RECPC 08-07 (2006); *el mismo*, La reforma del sistema de penas,

en El País, 26-11-05, p. 28; *Cuerda Riezu*, La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España, 2011; *Díez Ripollés*, La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003, en RECPC (8) 2006; *Driebold*, Sanktionsverzicht, en Peters (ed.), Muß Strafe sein?, 1993; *Frankowski*, Die Todesstrafe in den USA, ZStW 100 (1988), pp. 951 ss.; *Eser/Cornils (ed.)*, Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987; *Floriot*, Los errores judiciales, trad. de Ruiz, 1969; *García Rivas*, La reinstauración de la pena de muerte en el CP militar, RFDUC monogr. 11, pp. 347 ss.; *García Valdés*, La pena de muerte, en Los Suplementos de Cuadernos para el Diálogo, nº 36, 1973; *el mismo*, No a la pena de muerte, 1975; *el mismo*, La nueva penología, 1977; *el mismo*, La pena capital (ed. en catalán), 1980; *el mismo*, Teoría de la pena, 1985; *Garland*, Una institución particular. La pena de muerte en Estados Unidos en la era de la abolición, 2013; *Gimbernat*, El sistema de penas en el futuro CP, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal (I), 1980, pp. 181 ss.; *el mismo*, Prólogo a García Valdés, No a la pena de muerte, 1975; *González Cussa*c, El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa, en A.A.V.V.La reforma del CP tras 10 años de vigencia, 2006; *Gramatica*, Principios de defensa social, 1974; *Grasso*, La riforma del sistema sanzionatorio e le nuove sostitutive della detenzione di breve durata, RitDP, 1981, pp. 1141 ss.; *Guzmán Dalbora*, La pena de muerte en la filosofía jurídica y en los Derechos penal militar e internacional penal, en LH al Prof. Serrano Gómez; Heinz, Neue Formen der Bewährung in Freiheit..., en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 955; *Herrmann*, Neuere Entwicklungen in der amerikanischen Strafrechtspflege, JZ 1985, pp. 602 ss.; *von Hentig*, La pena, trad. Rodríguez Devesa, I, 1967 y II, 1968; *Hertle*, Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie, 1994; *Higuera Guimerá*, La previsión constitucional de la pena de muerte, 1980; *el mismo*, El Real Decreto-Ley 47/78 que sustituyó la pena de muerte, 1983; *von Hirsch*, Censurar y castigar, trad. de Cid, 1998; *Hood*, La pena de muerte desde una perspectiva internacional, en Amnistía Internacional contra la pena de muerte, nº 7 (sept. 1992), pp. 3 ss.; *Jescheck*, La crisis de la Política criminal, Doctrinal Penal (Buenos Aires), nº 9, 1980, pp. 45 ss.; *el mismo*, Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal (I), pp. 9 ss.; *el mismo*, Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, en Festschrift für Miyazawa, 1995, pp. 363 ss.; *Jorge Barreiro*, Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y reforma alemana, en Fernández Albor (ed.), Ensayos penales, 1974, pp. 201 ss.; *el mismo*, El sistema de penas en el CP español de 1995, en Gómez Colomer/González Cussac (coords.), La reforma de la Justicia penal, Estudios en homenaje al Prof. Tiedemann, 1997, pp. 77 ss.; *el mismo*, El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995, ADPCP 1996, pp. 327 ss.; *el mismo*, Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995, AP 2000-2, pp. 487 ss.; *Kury/Lerchenmüller*, Diversion, Alternativen zu klassischen Sanktionsformen, 1981; *Lamo*, Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal, 1999; *Landrove Díaz*, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1984; *el mismo*, La abolición de la pena de muerte en España, ADPCP 1980, pp. 17 ss.; *Larrauri*, Las paradojas del movimiento descarcelatorio en los E.E.U.U., ADPCP 1987, pp. 771 ss.; *Luzón Peña*, La aplicación y sustitución de la pena en el futuro CP, RFDUC monográfico 6 (1983), pp. 413 ss.; *Mapelli/Terradillos*, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1996; *Martínez Escamilla*, Conversaciones: Dr. T. Kupers. La orgía del encarcelamiento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta, en RECPC 07, 2005 (http://criminet.ugr.es/recpc); *Marvell*, Sentencing Guidelines and Prison Populatio Growth, Journal of Criminal Law and Criminology, nº 85 (1995), pp. 696 ss.; *Mir Puig*, El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, Documentación Jurídica, monográfico 1, vol. 1, pp. 185 ss.; *el mismo*, ¿Qué queda en pie de la resocialización?, en Eguzkilore, Cuaderno del Instº Vasco de Criminología, nº 2 extra 1989, pp. 35 ss.; *el mismo*, Alternativas a la prisión en el nuevo CP, en Asúa Batarrita (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, 1998, pp. 55 ss.; *Carlos Mir Puig*, El sistema de penas y su medición en la reforma penal, 1986; *Morillas Cueva*, Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el CP español, en CDJ, Dª Penitenciario, II, nº 17, 2003; *Morris*, Alternatives to imprisonment: failures and prospects, en Criminal Justice Research Bulletin, v. 3 nº 7, 1987, pp. 1 ss.; *Novalvos*, El trato de la pena de muerte y el respeto a la integridad física en los principales textos de derechos fundamentales y políticos, CPC nº 6 (1978), pp. 179 ss.; *Radzinowicz*, Rückschritte in der Kriminalpolitik, ZStW 105 (1993), pp. 247 ss.; *Ragués i Vallès*, La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía? Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la pena capital: Baze v. Rees y Kennedy v. Luisiana, en RECPC (11) 2009; *Roca*, El sistema de sanciones en el Derecho penal español, 2007; *Rodríguez Devesa*, Contribución numérica a la imagen de la pena de muerte en España, REP 1967, pp. 359 ss.; *Rodríguez Mourullo*, Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte, en Cobo del Rosal (dtr.), Comentarios a la legislación penal, I, 1982, pp. 61 ss.; *Roxin*, Die Wiedergutmachung im

System der Strafzwecke, en Schöch (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, pp. 37 ss.; *Ruiz de Erenchun*, El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras la reforma del CP de 2003, 2ª ed., 2005; *Sáinz Cantero*, El Proyecto de CP a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales, en Fernández Albor (ed.), La reforma penal y penitenciaria, 1980, pp. 167 ss.el mismo, El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución, en A.A.V.V., I Jornadas Penitenciarias Andaluzas (nov. 1982) (Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía), pp. 79 ss.; *Sánchez García*, El sistema de penas, La Ley, nos. 4010, 4011 y 4012, 1996; *Schultz*, Krise der Kriminalpolitik?, en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 791 ss.; *Serrano Tárraga*, La pena capital en el sistema español, 1992; *Silva*, ¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del CP, La Ley 1998-4, pp. 1450 ss.; *Sueiro*, El arte de matar, 1968; *el mismo*, La pena de muerte, 1974; *el mismo*, Los verdugos españoles, 1971; *Tamarit*, Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo, en RECPC (9) 2007; *Walter*, Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW 95 (1983), pp. 2 ss.; *Zipf*, Die Rechtsfolgen der Tat im neuen StGB, JuS 1974, pp. 137 ss.

I. Líneas generales de evolución de los sistemas penales contemporáneos

1 1. Las consecuencias jurídicas del delito han constituido y constituyen la preocupación tal vez fundamental de la Política Criminal moderna. La obra de Beccaria,[1] que suele considerarse punto de partida del Derecho penal actual, representó el comienzo de un movimiento de revisión de las penas admisibles que llegaría a nuestros días. La idea básica que inspira dicha evolución es la de que es preciso **humanizar** las consecuencias que el Derecho asigna al delito. La Ilustración puso de manifiesto la crueldad de las penas del Derecho penal del *Ancien Régime*. Éste se basaba en la utilización masiva de la pena de muerte y de las penas corporales (tortura, azotes, mutilación, etc.). Las legislaciones liberales del siglo XIX atendieron en parte a las voces favorables a la humanización, suprimiendo paulatinamente las penas corporales y erigiendo en nuevo centro del sistema punitivo la **pena de privación de libertad.**

2 Mas el proceso de humanización del Derecho penal prosiguió durante el siglo XX, principalmente determinando un amplio movimiento legislativo de abolición de la pena de muerte y una constante tendencia a restringir el uso de las penas privativas de libertad. Los sistemas penales modernos, surgidos de una serie de reformas que han dado lugar al **«movimiento internacional de reforma del Derecho penal»**,[2] se caracterizan por la desaparición de la pena de muerte o, por lo menos, su limitación a unos pocos delitos muy graves, y en todo caso por el progresivo desplazamiento de la pena privativa de libertad de su lugar central. La prisión se va reservando para la delincuencia grave, y se buscan otras penas o instituciones que permitan evitarla para los delitos de menor gravedad.

1. Dei delitti e delle pene, 1764. Vid. la edición española cit. en la bibliografía de esta Lección. En España esta obra influyó intensamente en la de Lardizábal, Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para procurar su reforma, 1782, cfr. Antón Oneca, PG, pp. 33 s.

2. Cfr. los trabajos de Jescheck y Sáinz Cantero, cit. en la bibliografía.

Entre las penas llamadas a ocupar este espacio destaca la **pena de multa**, que va aumentando considerablemente su presencia. Por otra parte, las penas cortas de prisión pueden en muchos casos ser *suspendidas* a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir dentro de cierto plazo **(condena condicional)**, suspensión que en algunos países se combina con o se sustituye por la vigilancia del condenado y la imposición al mismo de ciertas reglas de conducta **(«probation»)**. Estas posibilidades de suspensión y libertad vigilada tienden a ampliarse por diversas vías, algunas de las cuales intentan ya evitar el propio proceso penal **(«diversion», «pretrial probation», suspensión del fallo)**.[3]

3 2. Existe otra línea de evolución de la Política penal moderna que ha entrado en una cierta crisis en los últimos años. Es la línea que pretende la sustitución, total o parcial, de los sistemas de penas por sistemas de **tratamiento**. Arranca de los postulados de la *Scuola Positiva* italiana, iniciada por Lombroso, Ferri y Garofalo desde los años 70 del siglo XIX. Pretendía esta Escuela sustituir las penas por **medidas de seguridad**, por entender que sólo un tratamiento adecuado a la peligrosidad de cada delincuente podía constituir un medio de lucha científica contra la criminalidad. Aunque en su forma radical, expresada en el Proyecto Ferri de 1921, este programa no se impuso en el Derecho comparado, sí determinó una dirección doctrinal más moderada que propugna la concepción de las sanciones penales como medios de tratamiento encaminados a la prevención especial, aunque sea como criterio que ha de inspirar la ejecución de las penas y, a su lado, de las medidas de seguridad, o por la vía más decidida de fusionar penas y medidas en una «sanción» intermedia. En los países escandinavos y en los Estados Unidos ello condujo en los años cincuenta a la admisión de **penas indeterminadas,** de duración no fijada en la sentencia, sino condicionada a la evolución más o menos favorable del tratamiento. En Europa, la *Difesa Sociale* de Gramatica, primero,[4] y, sobre todo, la *Nouvelle Défense Sociale* de Marc Ancel, después,[5] que adoptó una orientación más moderada y humanitaria, propugnan la **fusión de penas y medidas**.

4 Esta evolución se manifestó en especial en la concepción de la **ejecución de la pena privativa de libertad**. Se ha ido extendiendo en nuestro ámbito de cultura la idea de que la privación de libertad debe orientarse en un sentido de **resocialización**. A esta problemática dedicaremos un apartado posterior (cfr. infra, Lección 32).

---

3. Cfr. Jescheck, Rasgos, pp. 11, 17. Más adelante ampliaremos algunos de estos conceptos.

4. La obra fundamental de este autor es Principi di difesa sociale, 1961.

5. Cfr. la obra de este autor cit. en la bibliografía. Sobre esta dirección cfr. Landrove, Consecuencias, pp. 8 ss.

5 La «ideología del tratamiento» que subyace a todas estas manifestaciones ha entrado en **crisis** hace unos años. Dos son los tipos de argumentos que se oponen a ella. Por una parte, se alega que no se han confirmado las esperanzas depositadas en la eficacia del tratamiento, de suerte que no cabe advertir una relación causal clara entre el mismo y una disminución de la reincidencia posterior de los delincuentes tratados. Se desconfía, ante esto, de las posibilidades de éxito de un tratamiento para la libertad efectuado en condiciones de falta de libertad. Por otra parte, se señalan los peligros que entrañan para la **seguridad jurídica** y la **igualdad** la indeterminación de las condenas cuya concreción se deja abierta a los resultados —discutibles— del tratamiento.[6] En especial se rechaza la posibilidad de las condenas de duración indeterminada.

6 En este sentido, de revisión crítica de la concepción terapéutica del Derecho penal, se aprecia un giro en la Política Criminal de los EE.UU. y de los países escandinavos, que vuelven a resaltar la importancia de una determinación judicial de la pena proporcionada al delito.[7] Mas importa no interpretar esta evolución como necesariamente conducente al abandono de la concepción preventiva de la pena y regresiva para el proceso de humanización del Derecho penal. Así, el Comité Nacional Sueco para la prevención del delito pone en cuestión la fundamentación preventivo-especial de la pena, pero sigue manteniendo una concepción preventivo-general de la misma, siquiera limitada por la idea de proporcionalidad con la valoración social del hecho.[8] Por otra parte, el mismo Comité propugna la rebaja de las penas y una restricción de la intervención penal.[9]

7 Conviene, pues, distinguir con nitidez la tendencia a la humanización del sistema penal y la concepción del tratamiento individualizado. Ferri defendió esta última como medio de lucha contra el delito que debía arrumbar el «prejuicio burgués» de las garantías del Derecho penal liberal.[10] No es de extrañar que este planteamiento triunfase en la URSS y en Cuba. Pero también es cierto que un Derecho penal humanitario ha de intentar *asistir* al delincuente, en la medida en que lo permitan las necesidades de prevención general, si ello no redunda en perjuicio del sujeto. No son admisibles las condenas de duración indeterminada,

---

6. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 1049 s.

7. Cfr. Jescheck, DP n.º 9 (1980), pp. 46 ss.; Burgstaller, ZStW 102 (1990), pp. 640 s. Cohen analiza la tendencia a la desinstitucionalización (descarcelación) de los años 60 y 70 en los EE.UU. y llega a la conclusión de que no ha determinado una disminución de la cárcel, sino una ampliación, junto a ésta, del sistema penal mediante una vasta red de formas de control difuso: Visiones, pp. 75 ss. En el mismo sentido, Larrauri, ADPCP 1987, pp. 771 ss.

8. Cfr. ADPCP 1979, pp. 189 ss., 197.

9. Ibidem, pp. 193, 197.

10. Ferri llegó a ver en el fascismo de Mussolini la ideología adecuada para la realización del programa positivista: cfr. Ferri, Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità, en Scuola Positiva, 1926.

pero sí es plausible que se busque en el cumplimiento de la pena *ofrecer* al individuo posibilidades de reinserción social. En este mismo terreno de oferta de posibilidades al sujeto deben situarse los mecanismos que prevé el Derecho penal actual de suspensión de la pena, de libertad condicional, etc.

8 3. En los últimos años los principios de humanización del Derecho penal y asistencia al delincuente están tropezando con un renacer de actitudes que lamentan la incapacidad del sistema penal para contener la delincuencia y propugnan **«mano dura»** con el delito. Es cierto que en muchos países aumentan los índices de delincuencia, de la mano de fenómenos como la extensión del narcotráfico y las consecuencias de su penalización, así como de la caída de determinados valores de orden y la correlativa proliferación de conductas violentas, en algunos países —como los E.E.U.U.— facilitadas por la accesibilidad a las armas de fuego. Ello despierta reacciones vindicativas en ciertos sectores de la población e influye en las instancias legislativas. Esperemos que esta corriente de opinión sea sólo coyuntural y que logre imponerse un Derecho penal que sepa cumplir efectivamente su función de protección de la Sociedad sin renunciar a las aspiraciones que los espíritus sensibles vienen alentando durante los últimos doscientos años.

II. Orientación político-criminal del sistema de penas del Código penal

9 El **CP 1995** ha supuesto un **cambio profundo en el sistema de penas** que caracterizaba a los Códigos penales españoles desde mediados del siglo XIX. A su vez, el sistema de penas del CP 1995 ha sufrido ya diversas reformas de importancia (principalmente LO 7/2003, LO 15/2003, LO 5/2010 y LO1/2015).

10 1. El **sistema de penas del CP anterior** procedía, en efecto, en su mayor parte de los Códigos de 1848 y 1870. Sobre esta base se habían operado ciertas modificaciones de importancia.

11 Signo principal del origen histórico del sistema es el lugar central que en él ocupaban las **penas privativas de libertad**. La inmensa mayoría de los delitos se castigaban con penas de esta clase. Se trataba, además, de penas de larga duración —podían llegar hasta los cuarenta años: art. 75, 1ª anterior CP—. Y estas y las demás penas se concebían, por último, como castigo proporcionado a la gravedad y peligrosidad del delito y sólo secundariamente atento a la personalidad del delincuente.

12 Mas a lo largo del siglo XX se habían incorporado varias instituciones que respondían a corrientes político-criminales posteriores. La significación teórica y práctica de algunas de ellas permite afirmar una efectiva evolución, siquiera parcial y moderada, del sistema punitivo en el sentido del movimiento internacional

de reforma del siglo XX. Inició esta tendencia la ley de 17 de marzo de 1908, que introdujo la **condena condicional**. A ella siguió la ley de 25 de julio de 1914, que estableció la **libertad condicional**. Poco después se crean los **Tribunales Tutelares de Menores** (2 de agosto y 25 de noviembre de 1918). El CP anterior recogía y ampliaba estas instituciones. Ya en 1944 se aumentaron las posibilidades de suspensión condicional de la pena. Se añadieron también la posibilidad de una **sentencia indeterminada** para jóvenes (art. 65 CP) y la generalización de la figura de **redención de penas por el trabajo**.[11] La Constitución de 1978 abolió la pena de muerte en tiempo de paz, y la Reforma Urgente y Parcial de 1983 amplió de nuevo la condena condicional, así como la **rehabilitación** y sus efectos. Por otra parte, la Ley General Penitenciaria de 1979 confirmó y desarrolló una orientación de la ejecución de penas privativas de libertad hacia la **resocialización** —según el mandato del art. 25 de la Constitución—. Por último, desde el Código del 32 se advierte una tendencia a aumentar el **arbitrio judicial** en la determinación de la pena, tendencia que en la reforma de 1983 se amplió en cuanto pudiera beneficiar al reo pero se restringió en cuanto pudiera agravar su tratamiento —se siguió así el criterio actual que tiende a limitar la consideración del delincuente a los casos en que tenga un sentido liberalizador.

13 2. El **Proyecto CP 1980** propuso un sistema de penas de nuevo cuño (debido sobre todo al Prof. Gimbernat Ordeig, miembro de la Ponencia redactora que se encargó de esta parte del Proyecto), cuyas líneas fundamentales han sido acogidas por el **actual CP**. En conjunto constituye la parte más novedosa del CP 1995. No obstante, algunos de los retoques de que fue objeto la redacción inicial del Proyecto han afectado a la notable coherencia del sistema del Proyecto.

14 El nuevo sistema de penas se caracteriza por dos rasgos principales: la **simplificación** del conjunto y la **limitación del uso de la pena de prisión**.

15 La **simplificación**[12] se advierte a primera vista. Los largos catálogos de penas que caracterizaban a nuestros Códigos se reducen drásticamente. Se han abandonado las diferentes denominaciones antes empleadas para designar las penas privativas de libertad (reclusión mayor, reclusión menor, prisión mayor, prisión menor, arresto mayor, arresto menor; el presidio mayor y el presidio menor ya habían sido suprimidos en 1983). Ahora sólo se usa la expresión «pena de prisión» para referirse a toda pena que suponga privación continua de libertad. La duración de la pena de prisión no determina ahora cambios de nombre en la misma, sino que se indica simplemente junto a aquella expresión (así, el

11. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 75.

12. Cfr., respecto al Proyecto 1980, Mir Puig, RJCat nº extra 1980, pp. 23 ss.; respecto a la Propuesta de Anteproyecto de 1983, el mismo, Documentación Jurídica, monográfico 1, col. 1 (1983), pp. 191 ss.

homicidio, que antes se castigaba con la pena de «reclusión menor», que suponía privación de libertad de doce años y un día a veinte años, ahora se castiga con la «pena de prisión de diez a quince años»). También se han simplificado las *reglas de determinación de la pena*, que por su complejidad tradicional habían sido calificadas como «la parte *artística* del Código».

16 La evolución ya iniciada en el Derecho anterior en pos de la búsqueda de mecanismos que permitan **evitar la cárcel o limitarla**, se profundizó en el CP 1995.[13] No sólo se ampliaron aún más la condena condicional y la libertad condicional, sino que se suprimieron las penas de prisión de menos de seis meses y en su lugar se previeron las penas de arresto de fin de semana —de nueva creación— y de multa, configurada ésta con arreglo al sistema escandinavo de días-multa; y, por último, se introdujo la importante posibilidad de que el juez sustituyera las penas de hasta uno o dos años de prisión por arresto de fin de semana o multa y la pena de arresto de fin de semana por la de multa o trabajo en beneficio de la comunidad. En algún aspecto, como el de la suspensión de las penas de prisión inferiores a seis meses, este sistema resultó especialmente avanzado dentro del movimiento internacional de reforma.[14] Sin embargo, la LO 15/2003 dio marcha atrás en alguno de estos aspectos. Así, suprimió el arresto de fin de semana —según su Exposición de Motivos, porque su «aplicación práctica no ha sido satisfactoria»— y restableció la prisión a partir de tres meses de duración y se introdujo como nueva pena la de *localización permanente*. El Juez puede sustituir ahora las penas de prisión de uno o dos años por multa o trabajo en beneficio de la comunidad.

17 Por otra parte, no puede decirse que la gravedad efectiva de las penas previstas sea en general inferior a la anterior a 1995. Debe tenerse muy en cuenta que se ha suprimido la institución anterior de la *redención de penas por el trabajo*, que de hecho venía a significar una rebaja de un tercio de las penas privativas de libertad. Una pena de veinte años del CP actual equivale a una pena de treinta años del CP anterior. Además, aunque se fija como límite general de la prisión la duración de veinte años, existen no pocas «excepciones» que permiten imponerla por veinticinco (así art. 140) y hasta por treinta años (así, arts. 76, 485, 572). La LO 7/2003, de cumplimiento íntegro de las penas, ha elevado a cuarenta años el límite máximo de cumplimiento en ciertos casos de concurso real de delitos, y ha dificultado el acceso a beneficios penitenciarios como permisos de salida, régimen abierto y libertad condicional. Por último, con frecuencia los delitos antes castigados con pena de arresto mayor, esto es, inferior

13. Cfr. Mir Puig, RJCat n.º extra 1980, pp. 27 ss.; el mismo, Documentación Jurídica, monográfico 1, vol. 1 (1983), pp. 189 ss.; Luzón Peña, Aplicación, pp. 418 ss.

14. Cfr. así Jescheck, Rasgos, p. 22. No obstante, Sáinz Cantero, Proyecto CP, p. 178, considera «moderada» la línea del Proyecto de 1980.

a seis meses, no se castigaron en 1995 con arresto de fin de semana o multa, sino... con una pena de prisión de más de seis meses (!). Así, por poner un par de ejemplos importantes en la práctica, la pena básica del hurto, que antes era de un mes y un día a seis meses (art. 514 anterior CP), es ahora de seis a dieciocho meses (reales) (art. 234 CP), y el mínimo de la pena del delito de tráfico de drogas blandas, que antes era de cuatro meses y un día (art. 344 anterior CP), ahora se eleva a un año (real) (art. 368 CP). Esta estrategia choca frontalmente con la única razón que hoy puede verse como fundamento válido de la evitación de las penas cortas de prisión: no que sean *demasiado cortas* para resocializar, sino que son *demasiado graves* para delitos menores.

18 El CP 1995 prevé junto al sistema de penas un sistema de **medidas de seguridad**. También éste manifiesta en su origen, en su realidad actual y en su futuro, la evolución señalada de la Política Criminal contemporánea. Mas el tema corresponde a una Lección posterior.

III. El sistema de penas del Código penal en general

19 1. Según el **art. 32 CP**, «las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa».

20 Las **penas privativas de libertad** son la *prisión permanente revisable* la *prisión*, la *localización permanente* y la *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa* (art. 35).

21 Las **penas privativas de otros derechos** son las *inhabilitaciones* (para cargos públicos, para determinados trabajos o actividades, para la patria potestad, tutela, guarda o curatela, para el derecho a ser elegido para cargo público o para cualquier otro derecho), la *suspensión* de cargo público, la *privación del derecho a conducir*, la *privación del derecho a la tenencia y porte de armas*, la *privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos* y los *trabajos en beneficio de la comunidad* (art. 39). Algunas de estas penas pueden imponerse no sólo como **penas principales** señaladas al delito, sino también como **accesorias** de otras penas principales. Así, por ejemplo, la pena de prisión igual o superior a diez años llevará aparejada como accesoria la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena (art. 55).

22 La **pena de multa** se impondrá en principio con arreglo al sistema de *días-multa* (art. 50) o, cuando así se establezca, como *multa proporcional* (art. 52).

23 2. La penas anteriores **se clasifican**, «en función de su naturaleza y duración», en **graves, menos graves y leves** (art. 33, 1). Se abandona la clasificación

bipartita del anterior CP (en penas graves, señaladas a los delitos, y penas leves, previstas para las faltas), para pasar a esta clasificación *tripartita* que ya habían conocido Códigos anteriores y prevén otras legislaciones. Esta clasificación se corresponde con la de infracciones recogida en el **art. 13**: «Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.— 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.— «3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. » Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve (art. 13, 4 CP).

24 Según el artículo 33, 2, son **penas graves**: a) La prisión permanente revisable. b) La prisión superior a cinco años. c) La inhabilitación absoluta. d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. k) La privación de la patria potestad.

25 Según el artículo 33, 3, son **penas menos graves**: a) La prisión de tres meses hasta cinco años. b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años. c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años. f) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años. g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años. h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años. i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años. j) La multa de más de tres meses. k) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo. l) Los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a un año.

Artículo 33, 4: Son **penas leves**: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año. c) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año. d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses. e) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. g) La multa de hasta tres meses. h) La localización permanente de un día a tres meses. i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días. **26**

Artículo 33, 5: La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya. **27**

Artículo 33, 6. Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código. **28**

Tiene poco sentido que en el art. 33 se determine la «duración» de las penas accesorias, cuando el objeto de aquel artículo es otro, el de clasificar las penas como graves, menos graves o leves. El art. 33, 6, debería haber dicho que las penas accesorias tendrán la *gravedad* que respectivamente tenga la pena principal **29**

Artículo 33, 7: **Las penas aplicables a las personas jurídicas**, que tienen **todas** la consideración de **graves**, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, **30**

secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa (más ampliamente, sobre el conjunto de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas *vid. infra*, Lec. 34 C).

31 Artículo 34. **No se reputarán penas**: 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal. 2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados. 3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

32 El nº 1 se refiere a **medidas procesales** de finalidad cautelar, el nº 2 alude a **sanciones administrativas** y el nº 3, a **sanciones civiles.** Sobre el criterio que ofrece el nº 2 para la delimitación de las sanciones penales y las administrativas cfr. *supra*, Lección 1, I.

33 A diferencia de las medidas procesales mencionadas, las sanciones administrativas participan del carácter *punitivo* propio de las penas: mientras que las medidas procesales tienen un carácter de aseguramiento provisional, las sanciones administrativas se imponen, al igual que la pena, como consecuencia de la infracción de una norma. De ahí que a veces se diga que todas ellas son *penas en sentido material,* aunque en un sentido formal estricto sólo se reputan «penas» las de carácter «criminal». Así, el anterior art. 603 llamaba a todas «penas». También las medidas civiles a que se refiere el nº 3 del art. 34 pueden tener un verdadero carácter punitivo, consecuencia de la infracción de una norma. Es el caso de la privación de la patria potestad prevista por el art. 170 CC para quienes incumplan los deberes propios de aquélla. Otra naturaleza parecen tener, en cambio, las «cláusulas penales» acordadas en los contratos para caso de incumplimiento (arts. 1152 ss. CC).[15] Y, sobre todo, importa destacar que la

15. Cfr., en este sentido, Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 799.

reparación civil del daño, incluso del producido por un delito no ha de verse, en puridad, como castigo alguno por la infracción de una norma prohibitiva o preceptiva (cfr. *supra*, Lección I, VI).

IV. La abolición de la pena de muerte

34 Según el **art. 15 de la Constitución de 1978**, «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Este precepto es el resultado de un largo proceso histórico transnacional que parece llevar a una progresiva abolición de la pena de muerte. Antes de analizar el alcance de la declaración constitucional citada, conviene detenerse brevemente en las líneas más generales de dicho proceso.

35 1. Se distinguen, a menudo, **dos grandes fases en la historia de la pena capital**.[16] El siglo XVIII trazaría la frontera entre ambas. Hasta sus postrimerías la pena de muerte se aplicó de forma masiva, tanto por su frecuencia como por el número de figuras delictivas a las que se señalaba.

36 «La pena de muerte —escribe Antón[17]— se aplicó en el Antiguo Régimen con gran extensión y dureza. El alemán Carpzovio se jactaba de haber pronunciado más de diez mil condenas capitales y de haber enviado más de un centenar de brujos a la hoguera. Hechos hoy castigados levemente o impunes, como un simple hurto o el contrabando de la sal, eran crímenes que acarreaban el último suplicio en Francia.» Según Sueiro, «en el reinado de Enrique VIII (siglo XVI) fueron ejecutadas en Inglaterra, como vagabundos, 27.000 personas». En el mismo país, según el mismo autor, en el año 1800 todavía se castigaban con la muerte más de doscientos delitos.[18] En España, por virtud de la Real Pragmática de 23 de febrero de 1734, Felipe V ordenó la pena de muerte para el mayor de 17 años que hurtara en la Corte o en su rastro, «sin arbitrio para templar o conmutar esta pena en alguna otra más suave y benigna».[19]

37 Por otra parte, hasta fines del s. XVIII la pena de muerte no sólo perseguía la privación de la vida, sino también infligir dolor al condenado. La pena de muerte aparecía, en este sentido, como la culminación de la escala de las penas corporales. También éstas se aplicaban con profusión, cuando no se llegaba a la de muerte. No es de extrañar que siendo usuales no sólo los azotes, sino también el tormento y las mutilaciones, se rodease a la pena capital de formas de ejecución igualmente dolorosas. Aquellas penas corporales eran a menudo «el preámbulo de la última pena».[20] La Historia ha conocido formas de ejecución tan crueles

16. Cfr. García Valdés, Pena capital, p. 11; el mismo, Teoría, p. 25; Landrove, Consecuencias, pp. 15 s.
17. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 486.
18. Cfr. Sueiro, Pena de muerte, pp. 17 s.
19. Cfr. García Valdés, Teoría, pp. 40 s.
20. Cfr. Sueiro, Pena de muerte, p. 22.

como el descuartizamiento por tiro de caballos, fuego en la hoguera, empalamiento, cocción, enrodamiento, etc.[21]

38 La **Ilustración**, y la corriente humanizadora del Derecho penal que ella determinó, propiciaron desde fines del s. XVIII una reacción contra las penas corporales y, lógicamente, también un cambio de concepción de la pena de muerte. Ésta empieza a limitarse a unos pocos delitos de máxima gravedad, al tiempo que va perdiendo su finalidad de producción de dolor físico para convertirse en la pura privación de la vida. Se buscan, por ello, las formas de ejecución más rápidas e indoloras. Así se justificó la introducción de la guillotina en la Francia revolucionaria, y del garrote en la España decimonónica (1828).

39 Se iniciaba así un proceso de retroceso de la pena de muerte que ha desembocado en su abolición —aunque a veces con la salvedad de leyes militares en tiempo de guerra— en la mayoría de países. Según datos de Aministía Internacional, si en 1979 había 16 países abolicionistas, en 2013 fueron 98 los países que abolieron la pena de muerte: más de dos tercios de los países del mundo la abolieron en la ley o en la práctica, y sólo uno de cada diez países del mundo ejecutó condenas a muerte. La Asamblea General de la ONU aprobó el 23 de diciembre de 2012 su 4ª Resolución favorable a una moratoria en la aplicación de la pena de muerte (Resolución 67/176 de 2012).

40 La Unión Europea tiene como uno de sus principios la supresión de la pena de muerte. España ha ratificado el Protocolo n° 13 del CEDH relativo a la abolición de la pena de muerte. La abolición constituye una de las condiciones para la adhesión a la UE. Japón y E.E.U.U. son los únicos países del G8 con pena de muerte. En E.E.U.U., único país de América con ejecuciones, el apoyo a la pena de muerte está disminuyendo y en 2012 sólo la ejecutaron en nueve Estados.[22] China es el país con más presencia de penas de muerte, probablemente más que en todo el resto del mundo.[23]

41 2. Los **argumentos** que se esgrimen en favor de la pena de muerte[24] no son suficientes para su mantenimiento en nuestro tiempo.

---

21. Cfr. García Valdés, Teoría, p. 27. Sobre estas formas de ejecución, vid. Sueiro, Pena de muerte, pp. 213 ss.

22. Según Amnistía Internacional, en 2013, "Estados Unidos fue una vez más el único país de América que llevó a cabo ejecuciones, aunque 4 menos (39) que en 2012. El estado de Texas fue responsable del 41 por ciento de todas las ejecuciones. Mientras tanto, Maryland se convirtió en el décimo octavo estado que procedía a abolir la pena capital." Cfr.www.amnesty.org/es/death-penalty, Informe anual 2013, La pena de muerte en 2013.

23. Cfr. www.amnesty.org/es/death-penalty, Informe anual 2013, La pena de muerte en 2013. Según este informe: "debido al número de ejecuciones llevadas a cabo en Irak (169) e Irán (al menos 369), esos países se situaron en los puestos tercero y segundo de la clasificación de la pena de muerte, con China en cabeza. Aunque el número de ejecuciones se mantiene en secreto en China, Amnistía Internacional cree que son millares las personas ejecutadas todos los años. Arabia Saudí (79) y Estados Unidos (39) se situaron en los puestos cuarto y quinto, seguidos de Somalia (34) en el sexto. Excluida China, se tuvo noticia de al menos 778 ejecuciones en 2013, frente a las 682 de 2012".

24. Vid. Barbero Santos, Pena de muerte, pp. 145 ss.

42 No basta, por de pronto, con el **argumento histórico** que alega la existencia de la pena de muerte en todas las épocas anteriores. La Historia no puede aquí ser argumento para el presente.[25] En la actualidad la tendencia histórica ha cambiado de signo y apunta claramente, en la mayoría de países, hacia la abolición de la pena de muerte. ¿Por qué habría de tener mayor fuerza argumental la historia de tiempos ya pasados y de concepciones ya superadas, que la historia reciente y su tendencia de futuro? Utilizar la historia anterior prescindiendo de la actual, la que marca el paso al futuro, sería precisamente contradecir el método histórico, empleando la Historia ahistóricamente, cerrando los ojos a la evolución histórica actual. Nadie puede hoy —ni de hecho nadie lo pretende— cambiar el curso de la Historia y volver a los tiempos de aplicación masiva de la pena de muerte.

43 Tampoco son convincentes, en nuestro momento cultural, los argumentos que defienden la pena de muerte por necesidades de **retribución**, de **prevención general** o de **prevención especial**. Sólo quien mantenga una concepción de la retribución vinculada a la ley del Talión del «ojo por ojo y diente por diente», podrá considerar necesaria la pena capital para delitos contra la vida. Quien, en cambio, crea suficiente y preferible una cierta *proporcionalidad* entre los delitos y sus penas, sólo está obligado a castigar los delitos más graves con más pena que los menos graves (justicia distributiva) y, si se admite, a imponer penas graves para los delitos graves (justicia conmutativa). Pero no existe ningún baremo objetivo que permita decidir que sólo la pena de muerte posee la *suficiente* gravedad para ciertos delitos. La «gravedad» de una pena depende de la valoración social de cada cultura: hoy parece suficientemente grave para los delitos más graves una larga privación de libertad. Ojalá que dentro de un tiempo se consideren suficientes penas aún menos graves.

44 El argumento de la **necesidad preventivo-general** de la pena de muerte suele utilizarse con frecuencia. Parece natural pensar que la pena capital posea una eficacia disuasoria superior a la de las demás penas. Sin embargo, las estadísticas demuestran que en los países en que se ha abolido la pena de muerte no ha aumentado por ello la comisión de los delitos antes castigados con la misma.[26] Especial atención a este aspecto se concedió en el Reino Unido, en donde el 9 de noviembre de 1965 se suprimió la pena capital para Inglaterra, Gales y Escocia por un período de prueba que expiró el 31 de julio de 1970. Durante dicho plazo se advirtió que no podía establecerse ninguna relación directa entre

25. Cfr. Barbero Santos, Pena de muerte, pp. 146 ss.

26. Cfr. García Valdés, Pena capital, pp. 34 ss.; Sueiro, Pena de muerte, pp. 43 ss.; Rodríguez Mourullo, Derecho a la vida, pp. 87 s. Rodríguez Devesa, PG p. 845, cree que aplicada en forma masiva la pena de muerte sí sería eficaz, pero admite que en circunstancias normales no es admisible tal aplicación masiva y que sin ella decae el argumento de su eficacia preventivo-general.

la abolición de la pena de muerte y algún aumento de los delitos de asesinato —de los que aquella pena había desaparecido—. La abolición se convirtió, pues, en definitiva.[27]

45 No cabe duda de la **eficacia preventivo-especial** de la pena de muerte, que impide por completo que el delincuente pueda volver a delinquir. Mas también cabe esperar una suficiente prevención especial de la pena privativa de libertad de máxima gravedad, si se ejecuta con las necesarias cautelas para evitar fugas o concesión de permisos de salida a delincuentes peligrosos. Y, sobre todo, en un Estado democrático la función de prevención especial no sólo debe proseguir la protección del conjunto de la sociedad, sino también facilitar la participación del delincuente en la vida social (resocialización, reinserción social). Ello se opone a las formas de prevención especial que anulan total (pena de muerte) o parcialmente (penas corporales, manipulación del cerebro) la participación social del delincuente.

46 No son convincentes, pues, los argumentos tradicionales en favor de la pena capital. Existe, por el contrario, una idea básica que se opone a su mantenimiento: la pena de muerte se siente en nuestro momento cultural como excesivamente *cruel*, como demasiado *inhumana*, atendidas su inutilidad preventivo-general y sus insuficiencias preventivo-especiales. El proceso de sensibilización se empezó a manifestar en la limitación de la pena de muerte a unos pocos delitos y a su frecuente indulto. Siguió luego reflejándose en la supresión de las ejecuciones públicas y en la búsqueda de nuevas formas de ejecución que hiciesen menos visibles la crueldad de la muerte. Por último, las ejecuciones recientes han causado a menudo profunda impresión en la opinión pública. Es cierto que de vez en cuando se levantan aún, en los países abolicionistas, voces que, ante determinadas olas de delincuencia o tras algún delito grave, piden la restauración de la pena capital. Pero la misma opinión pública cambia de signo cuando el delincuente se convierte en víctima del Estado ejecutor. Y ciertamente no es ésta la imagen de un Estado respetuoso de la dignidad humana,[28] que todo individuo posee por su condición de hombre.

47 Hay aún otros argumentos que pueden esgrimirse en contra de la pena capital. El primero enlaza con lo anterior: es incoherente suprimir las penas corporales por reputarlas contrarias a la dignidad humana y demasiado crueles, y mantener en cambio la pena de muerte, que anula por completo al individuo. La evolución cultural que llevó a juzgar excesivas las penas corporales ha de

27. Cfr. Arroyo Zapatero, RFDLC n.º 62 (1981), pp. 57 ss.

28. Barbero Santos, Sistema, 1981, pp. 42 s., considera razón decisiva contra la pena de muerte «el valor que hoy se concede a la dignidad humana...», «imponiéndola (la pena de muerte) el Estado da un ejemplo corruptor».

culminar cabalmente con la abolición de la pena de muerte. Un segundo argumento, nada despreciable, es la absoluta irreparabilidad de errores judiciales tras la ejecución de la pena capital. De hecho, la existencia de errores de esta clase es una realidad.[29] Por último, la pena de muerte hace necesaria la siniestra profesión del verdugo, cuya vida encuentra sentido en la destrucción de otras vidas.[30]

48 3. La pena de muerte fue abolida en nuestro país durante un breve período de tiempo por obra del CP republicano de 1932. Se restableció durante la propia República, en 1934, en la legislación especial. La legislación franquista —ley 5 de julio de 1938— volvió a introducir en el CP la pena de muerte. La Constitución de 1978 la ha abolido salvo lo que dispongan las leyes militares para tiempo de guerra. En las II y III Jornadas de Derecho penal de los Catedráticos y Agregados de Derecho penal (1974 y 1975), éstos se habían manifestado unánimemente en favor de la abolición. Según Cerezo Mir, la declaración del art. 15 de la Constitución «es la reforma más trascendente del Derecho penal español que se ha llevado a cabo desde el restablecimiento del régimen democrático».[31]

49 Sin embargo, el texto del art. 15 de la Constitución española no impide por completo la pena capital, puesto que admite que **las leyes militares puedan preverla para tiempo de guerra**. Ahora bien, en 1995 las Cortes aprobaron con el consenso de todas las fuerzas políticas la supresión del CP militar de las penas de muerte anteriormente previstas para tiempo de guerra (LO 11/1995, de 27 de noviembre), con lo que se abolió completamente de la legislación no constitucional. Por otra parte, el art. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no admite la excepción de la guerra cuando establece que "nadie podrá ser condenado a pena de muerte ni ejecutado". Todos los Estados miembros de la UE –también España– se han comprometido a respetar esta disposición.[32] Además, España asimismo ratificó el 16 diciembre 2009 (en vigor desde 1 abril 2010) el Protocolo nº 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos, aprobado el 3 mayo 2002, relativo a la abolición de la pena de muerte *en cualquier circunstancia*.[33] Puesto que ello se opone a la salvedad prevista por el art. 15 CE para tiempos de guerra, debería haberse operado la previa revisión

29. García Valdés, Teoría, p. 54, recoge algunos, entre ellos el llevado a la pantalla de Sacco y Vanzetti —rehabilitados en 1977. Sobre el problema, vid. Floriot, op. cit. en la bibliografía. Más recientemente, e n los E.E.U.U. análisis de ADN han demostrado de forma irrebatible la inocencia de algunos condenados a la pena capital, lo que ha alentado la opinión contraria a esta pena.

30. Sobre los últimos verdugos españoles, cfr. Sueiro, Los verdugos, cit. en bibliografía.

31. Cfr. Cerezo Mir, Prólogo a Higuera Guimerá, Previsión constitucional, página XIII. En las pp. 19 ss. este último autor se ocupa de los antecedentes inmediatos del art. 15 de la Constitución.

32. La Carta fue proclamada por primera vez el 18 dic. 2000 y por segunda vez el 12 dic. 2007. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en dic. 2009 adquirió el mismo carácter vinculante que los Tratados y fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 mar. 2010 (DOUE C83/389-403).

33. Este Protocolo nº 13 de la CEDH vino a suprimir la excepción para tiempo de guerra que había admitido el art. 2 del Protocolo nº 6 de dicha Convención, de 28 abr. 83 (texto refundido de 5 abr. 99).

constitucional que exige el art. 95, 1 CE, eliminando del art. 15 CE aquella salvedad. No se hizo, pero debería hacerse.[34]

50 Muchos autores que se declaran decididos abolicionistas durante la paz, admiten la necesidad del castigo supremo en tiempo de guerra. Se argumenta a menudo que otras penas, como las privativas de libertad, podrían llegar a suponer un privilegio en cuanto evitarían el peligro de morir por efecto de las armas enemigas.

51 Frente a ello cabe oponer lo siguiente: un ejército no debería basar su funcionamiento en la mera intimidación de sus soldados.[35] Es razonable suponer que en caso de guerra lícita (una agresión militar grave y manifiesta), el pueblo acudiría a la defensa del país sin necesidad de la amenaza de la pena de muerte. Para la mayoría bastaría, sin duda, la fuerte presión social que en tales casos se produce, confirmada por una pena grave de privación de libertad —cuya duración puede ser mucho más larga que la de la guerra—. Si ello no fuera suficiente y la deserción se generalizase hasta el punto de comprometer la eficacia del ejército, seguramente habría que cuestionar si existe un grado bastante de aceptación popular de la guerra.

52 Por otra parte, una cosa es que el Estado lleve a sus hombres a acciones militares arriesgadas, lícitas si son necesarias para la defensa, y otra, muy distinta, que él mismo prive fríamente de la vida a sus ciudadanos. Los argumentos relacionados con la exigencia de *humanidad* que se oponen a la pena de muerte en un Estado social y democrático de Derecho respetuoso de la dignidad de todos los hombres, han de valer también en caso de guerra, si es que ésta no ha de ser sólo eficaz, sino también justa. Si la pena de muerte es inhumana, no dejará de serlo porque tenga lugar en tiempo de guerra.

53 4. Como vimos más arriba, los Tratados internacionales suscritos por España le impiden restablecer la pena de muerte incluso para tiempo de guerra, pero el texto del art. 15 de la CE sigue admitiendo la posibilidad de que las leyes militares prevean la pena de muerte para tiempos de guerra. En mi opinión

---

34. Es cierto que el art. 10, 2 CE establece: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Según esto, el art. 15 CE, previsto entre los "derechos fundamentales y libertades públicas", debe interpretarse de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y con el Protocolo nº 13 de la CEDH. La cuestión es si entra dentro de esta "interpretación" considerar *suprimida* la parte del art. 15 CE que dice: "salvo lo que puedan disponer las leyes militarse para tiempos de guerra", o si, por el contrario, esta supresión va más allá de una mera "interpretación".

35. Cfr. Barbero Santos, Sistema, n.º 42 (1981), p. 54. En contra también de la pena capital en tiempo de guerra: Beristain, CPC nº 34 (1988), pp. 39 s., y Eguzkilore 1987, pp. 51 ss.; García Rivas, RFDUC monogr. 11, pp. 348 s., que pide la modificación del art. 15 Const..

esta salvedad del art. 15 CE debería haberse suprimido ya, porque es incoherente con los principios de la Unión Europea. Sin embargo, en tanto subsista la actual redacción del art. 15 CE exige determinar el alcance de los conceptos de «tiempo de guerra» y «leyes militares».

54 La **expresión «tiempos de guerra»** puede interpretarse en dos sentidos distintos: en el de guerra *formalmente declarada*, y en el de existencia *efectiva* de una confrontación bélica. En este último sentido la fórmula constitucional resultaría harto equívoca, pues es sumamente difícil diferenciar la frontera que separa la «lucha armada» de grupos de terroristas de una situación de efectiva «guerra». De ahí que la doctrina mayoritaria exija la declaración formal de la guerra, según el art. 63, 3 de la Constitución, además de la existencia efectiva de hostilidades.[36] Sostiene en base a esto algún autor la necesidad de que la guerra sea «internacional», lo que excluiría los casos de «guerra» civil.[37] Es evidente que no basta la declaración del «estado de sitio» previsto en el art. 116 de la Constitución.[38]

55 ¿Qué debe entenderse por **«leyes militares»**? Desde un punto de vista formal cabría considerar tales a todas aquellas que definen y castigan delitos que ellas mismas consideran militares. Pero esta perspectiva no ofrece ningún criterio *limitador del legislador*, que en cambio parece conveniente para interpretar la fórmula limitadora del art. 15 de la Constitución. En este sentido busca la doctrina un concepto *material* de ley militar, que puede basarse en el criterio subjetivo del carácter militar del sujeto, en el criterio objetivo de la lesión o puesta en peligro de intereses militares, o en la combinación de ambos (criterio mixto). Para «tiempos de guerra» se considera suficiente el criterio objetivo.[39]

---

36. Cfr. en este sentido Muñoz Conde, Adiciones, p. 1058; el mismo/García Arán, PG (3ª ed. 1990), p. 459; García Valdés, Teoría, p. 51; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 830; Higuera Guimerá, Previsión constitucional, p. 56 (aunque cree que no es necesaria la declaración de guerra en los casos de guerra civil), que admite que pueda ser «larvada» pp. 56 y 57, nota 125). En contra, Rodríguez Devesa, PG, p. 837; Rodríguez Mourullo, Derecho a la vida, p. 92. Para este autor lo decisivo es la situación de «lucha armada general y organizada».

37. Así, Barbero Santos, Sistema, n.º 42 (1981), pp. 53 ss. El art. 25 del Código Penal Militar de 1985 pretende resolver estas cuestiones declarando: «La pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer... en los supuestos que (sic) la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera». Sin embargo, García Rivas, RFDUC monogr. 11, p. 351, considera la segunda alternativa contraria al art. 63, 3 Const., que exige la declaración formal de la guerra por el Rey, previa la autorización de las Cortes Generales.

38. Así García Valdés, Teoría, p. 51. Distingue también el «tiempo de guerra» del «estado de sitio» Berdugo, Sistema, 1981, p. 61.

39. Así, en definitiva, Higuera, Previsión constitucional, p. 41; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 831.

Lección 29.
LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, SU SUSPENSIÓN Y SU SUSTITUCIÓN

Bibliografía

Abel Souto, La pena de localización permanente, 2008; *el mismo*, ¿Un nuevo sistema de penas?: "la probation" y la suspensión de la ejecución de la pena, en RP (27) 2011; *Agustina Sanllehí/Martínez Jariod*, La aplicación judicial de la medida de prisión provisional: un enfoque criminológico, en CPC (107) 2012; *Álvarez García*, La determinación legislativa de la pena privativa de libertad, RPJ (56) 1999, pp. 35 ss.; *Ancel*, La peine privative de liberté du point de vue de la politique criminelle moderne, en Festgabe f. H. Schultz, pp. 453 ss.; *Asúa Batarrita*, El Trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas, en Estudios de Deusto, XXXII/2 (1984), pp. 305 ss.; *la misma*, Alternativas a las penas privativas de libertad y proceso penal CPC nº 39 (1989), pp. 605 ss; *la misma*, Cárceles ¿para qué?, en AA.VV., Juventud y Sociedad, 1990, pp. 73 ss.; *la misma*, Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria, AP 2001-3, pp. 1011 ss.; *Bacigalupo*, Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Europeo actual, PJ (43-44) 1996, pp. 119 ss.; *Barbero Santos*, La pena de muerte, problema actual, en el mismo, Estudios de Criminología y Derecho penal, 1972, pp. 143 ss.; *Baucells i Lladós*, Sistema de penas para el delincuente económico, en CPC (107) 2012; *Baumann*, ¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses, en Homenaje a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 1 ss.; *Blau/Franke*, Diversion und Schlichtung, ZStW 96 (1984), pp. 485 ss.; *Burgstaller*, Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP, ZStW 102 (1990), pp. 637 ss.; *el mismo*, Diversion in Österreich – eine Zwischenbilanz, en A.A.V.V., 35. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht un Kriminologie, Schriftenreihe des Bundesministeriums Für Justiz, 132, 2007, pp. 5 ss.; *Burillo*, El nacimiento de la pena privativa de libertad, 1999; *Campanini*, Alternative al giudizio penale dell'ordinamento nord-americano: le technique di «diversion», RitDP 1983, pp. 131 ss.; *Candil Jiménez*, Consideraciones sobre la condena condicional. Su regulación en la legislación alemana. Documentación Jurídica, 1974, pp. 829 ss.; *Cano Paños*, La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010, en EPC (31) 2011; *Cardenal Montraveta*, Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la sustitución, en Mir/Corcoy (dirs.)/Gómez Martín (coord.), Política criminal y reforma penal, 2007; *Cid/Larrauri (coords.)*, Penas alternativas a la prisión, 1997; *Cid Moliné*, Las penas alternativas a la prisión en la reforma de 2003, en Cuadernos Penales José Mª Lidón, nº 1, 2004, pp. 135 ss.; *el mismo*, Penas no privativas de libertad en la LO 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento), en RDPP nº 12, 2004; *el mismo*, La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse, en EPC (30) 2010; *Cobo del Rosal*, Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 CP, en Homenaje a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 433 ss.; *Cohen*, Visiones de control social, 1988; *Conde-Pumpido*, Los medios sustitutivos de las penas de prisión (Proyecto de Ley Org. de CP), Poder Judicial, 1983; *Cruells/Igareda*, (ed.), Mujeres, integración y prisión, 2005; *Cuello Calón*, ¿Debe suprimirse la pena de prisión?, ADPCP 1952, pp. 417 ss.; *De la Cuesta*, Alternativas a las penas

cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992, en A.A. V.V., Política criminal y reforma penal, 1993, pp. 319 ss.; *el mismo*, Extranjería y privación de libertad, en Homenaje al Prof. Bueno Arús, nº extra REP 2006; *el mismo*, ¿Es posible un modelo compartido de reeducación y reinserción en el ámbito europeo?, RECPC 2008; *Daunis Rodríguez*, La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español, en RDPC (10) 2013; *Díez Ripollés*, Los delitos relativos a drogas tóxicas..., 1989; *Dodge*, A world without prisons, Alternatives to incarceration throughtout the world, 1979; *Dünkel*, Alternativen zur Freiheitsstrafe im europäischen Vergleich, en Ortner (ed.), Freiheit statt Strafe, 2ª ed., 1986, pp. 147 ss.; *Dünkel/Spiess*, Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1983; *Echano*, Suspensión condicional de la pena..., en Estudios de Deusto, XXXII/2, pp. 445 ss.; *Espina*, La pena de arresto de fin de semana: problemas prácticos, AP 1999-1, pp. 235 ss.; *Foucault*, Surveiller et punir, 1975; *García Arán*, La suspensión de la ejecución de la pena, CDJ, 1994; *García Valdés*, Teoría de la pena, 1985; *el mismo*, Alternativas legales a la privación de libertad clásica, Poder y control 1986, pp. 189 ss.; *el mismo*, Del presidio a la prisión modular, 1997; *el mismo*, La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del s. XIX, Buenos Aires 2006; *García Vitoria*, El cumplimiento de alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Métodos tecnológicos de control, Rev. Fac. Dº Granada, nº 8, 2005; *Gimbernat*, El sistema de penas en el futuro CP, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal (I), 1980, pp. 181 ss.; *González Casso*, La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80. 4 y 87 del Código Penal, RPJ (54) 1999, pp. 91 ss.; *González Cussac*, Los sistemas de penas: el debate en España y perspectiva de reforma a la vista de las experiencias de la legislación comparada, en EDJ 2009; *González Rus*, La custodia domiciliaria bajo control electrónico como eventual sustitutivo..., en A.A. V.V., I Congreso Andaluz de Ciencias Penales, 1993, pp, 331 ss.; *González Tascón*, Pasado, presente y futuro de la pena de arresto de fin de semana, 2007; *Grevi (ed.)*, Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria, 1982; *Grupo de Estudios de Política Criminal*, Una propuesta alternativa al sistema de penas…, 2005; *Guisasola Lerma*, Consideraciones político-legales para una reformulación de la expulsión legal de condenados extranjeros sin residencia legal: (Art. 89 del CP), en EPC (30) 2010; *Gutiérrez*, Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias, en La Ley, nº 61114, oct. 2004; *Heinz*, Neue Formen der Bewährung in Freiheit..., en Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 955; *v. Hentig*, La pena, trad. Rodríguez Devesa, II, 1968; *Herrero*, La suspensión de la pena privativa de libertad: estudio del artículo 87 del Código Penal, RP (9) 2002, pp. 27 ss.; *Herrmann*, Diversion und Schlichtung in der BRD, ZStW 96 (1984), pp. 455 ss.; *v. Hippel*, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, ZStW 18 (1898), pp. 419 ss., 608 ss.; *el mismo*, Die geschichtliche Entwicklung der Freiheitsstrafe, en Bumke, Deutsches Gefängniswesen, 1928; *Horstkotte*, Gesetzgebung zum Ersatz kurzer und mittelfristiger Freiheitsstrafen, en Deutsche Landesberichte zum IX intern. Kongress f. Rechtsvergleichung (Teherán 1974), Sec. V, 1974, pp. 46 ss.; *Hortal*, La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo "resolver" la cuadratura del círculo, InDret, 4/2014; *Hüsler/Locher*, Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen, 1991; *Jericó Ojer*, La nueva redacción del art. 58.1 Cp: el análisis de una reforma anunciada, en InDret 3/2011; *Jescheck*, Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna Política criminal, trad. De la Cuesta, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, VIII, 1985, pp. 14 ss.; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe bei Franz von Liszt im Lichte der modernen Kriminalpolitik, en Festschrift f. U. Klug, 1983, pp. 257 ss.; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, en el mismo (ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, 1983-1984, páginas 1945 ss.; *el mismo*, La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne, RSc.Crim. 1982, pp. 719 ss.; *Jorge Barreiro*, El arresto de fin de semana como medida de seguridad, REP nº 204-207 (1974), pp. 185 ss.; *Juanatey*, Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable, en ADPCP, 2012; *la misma*, Una "moderna barbarie": la prisión permanente revisable, en RGDP (20) 2013; *Jung/Müller-Dietz (eds.)*, Langer Freiheitsentzug —wie lange noch?, 1994; *Kerner (ed.)*, Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie sozialer Kontrolle, 1983; *Kury- Lerchenmüller*, Diversion, Alternativen zu klassischen Sanktionsformen, 1981; *Landrove Díaz*, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1984; *el mismo*, Prisión y sustitutivos penales, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 425 ss.; *Larrauri*, Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo CP, Estudios penales y criminológicos, 1996; *Lorenzo*, Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana, en Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal, CDJ 1996, pp. 13 ss.; *López Melero*, Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador: la reeducación y la reinserción social de los reclusos, en ADPCP, 2012; *Luzón Peña*, Medición de la pena y sustitutivos penales, 1979; *el mismo*, La aplicación y sustitución de la pena en el futuro CP, en RFDUC monográfico 6 (1983), pp. 413 ss.; *Manzanares Samaniego*, La sustitución de las penas cortas privativas de libertad en la

Propuesta de 1983, Documentación Jurídica, monográfico 1, vol. 1 (1983), pp. 255 ss.; *Mapelli/Terradillos*, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed.,1996; *Maqueda*, ¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?, A.A.V.V., Los derechos humanos, Libro Homenaje a L. Portero García, 2001; *Maqueda Abreu*, Suspensión condicional de la pena y probation, 1985; *la misma*, Observaciones críticas a algunos aspectos de la reciente reforma sobre drogas, en Actualidad penal, nº 44 (1988), pp. 2285 ss.; *De la Mata*, Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad: algunos problemas de la práctica judicial (con especial referencia al cómputo de los plazos legales), en RGDP (16) 2011; *Mayordomo Rodrigo*, Consecuencias jurídicas para el extranjero derivadas de su estancia irregular y de la comisión de delitos, en CPC (107) 2012; *Melossi/Pavarini*, Cárcel y fábrica, México, 1980; *Mir Puig*, El sistema de sanciones, RJCat, nº extra 1980, pp. 21 ss.; *el mismo*, El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, Documentación Jurídica, monográfico 1, vol. 1, pp. 185 ss.; *el mismo*, Alternativen zur Freiheitsstrafe im spanischen Strafrecht, en A.A.V.V., Criminal Law in Action, Arnhem 1986, pp. 341 ss.; *el mismo*, Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual, Rev. Colegio Abogados Vizcaya 1987, pp. 49 ss.; *el mismo*, Alternativas a la prisión en el Proyecto de CP de 1992, en Rev. del Foro Canario, nº 89 (1994), pp. 57 ss.; *el mismo*, Alternativas a la prisión en el nuevo CP, en Asúa Batarrita (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, pp. 55 ss.; *Mir Puig/Muñoz Conde*, Propuesta Alternativa de la Parte General del CP ..., CPC nº 18 (1982), pp. 609 ss.; *Müller-Dietz/Walter (eds.)*, Strafvollzug in den 90er Jahren, 1995, pp. 141 ss.; *Muñagorri*, Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal, EPCr (XXI) 1998, pp. 209 ss.; *Muñoz Conde*, Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *Muñoz Lorente*, La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad…, en RDPCr nº 2, extr. 2004; *Núñez Barbero*, La concepción actual de la suspensión condicional de la pena y los modernos sistemas de prueba, REP 1969, pp. 567 ss.; *el mismo*, ¿Condena condicional o suspensión de la pena?, ADPCP 1970, pp. 5 ss.; *el mismo*, Suspensión condicional de la prueba y «probation», 1970; *Nuvolone*, Las medidas alternativas a la pena detentiva, en RJCat nº extra 1980, pp. 265 ss.; *Octavio de Toledo*, Remisión condicional. Libertad condicional. Redención de penas por el trabajo, en El preso común, 1972; *Padovani*, L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica, 1981; *Pavarini*, «Concentración» y «difusión» de lo penitenciario, CPC nº 7 (1979), pp. 107 ss.; *Pfohl*, Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion, (tesis) Tübingen, 1983; *Pina/Navarro*, Alternativas a la prisión. El arresto de fin de semana, la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad, 2000; *Puente Segura*, Suspensión y sustitución de las penas, 2009; *Quintero/Muñoz Conde*, La reforma penal, 1983; *Rebollo*, Algunos problemas de la pena de arresto de fin de semana, AP 1998-1, pp. 89 ss.; *Renart*, Aspectos conflictivos de la pena de arresto de fin de semana en la legislación española, AP 1999-1, pp. 203 ss.; *Ríos Martín*, La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013, en RDPC (Extra) 2013; *Rivera*, La cárcel en el sistema penal, 2ª ed., 1996; *el mismo*, La cuestión carcelaria, 2006; *Robledo*, Concepto y principio para la aplicación de los sustitutivos penales. Estudio de su regulación en España y Méjico, 1996; *Rodríguez Ramos*, El arresto de fin de semana en el Proyecto de CP, La Ley, 18 nov. 80, pp. 1 s.; *el mismo*, La pena de galeras en la España moderna, ADPCP 1978, pp. 259 ss.; *Roig Torres,* La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, 2010; *la misma*, La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La "prisión permanente revisable" a examen, en CPC (111) 2013; *la misma*, La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, en RP (33) 2014; *Roldán Barbero*, Historia de la prisión en España, 1988; *Roma*, La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros, AP 1999-2, pp. 849 ss.; *Roxin*, El desarrollo de la Política criminal desde el Proyecto Alternativo, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, pp. 83 ss.; *Rusche/Kircheimer*, Pena y estructura social, trad. García Méndez, Bogotá, 1984; *Sáinz Cantero*, La sustitución de la pena privativa de libertad, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales, II, La reforma penitenciaria, 1978, pp. 215 ss.; *el mismo*, Consideración sobre el arresto de fin de semana y su utilización para el tratamiento del delincuente, en Libro-Homenaje al Prof. López-Rodó, III, 1972, pp. 377 ss.; *Sanz Mulas*, Alternativas a la pena privativa de libertad, 2000; *Serna Alonso*, Presos y pobres en la España del XIX, 1988; *Serrano Gómez*, Endurecimiento de las penas de prisión en la reforma del Código Penal de 2010, en LH al Prof. Rodríguez Ramos, 2013; *Serrano Pascual*, Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español, 1999; *Silva*, La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio, AP 1999-2, pp. 751 ss.; *Sobremonte Martínez*, Proyecto (1980) de CP y las penas cortas de prisión, CPC nº 18 (1982), pp. 539 ss.; *De Sola*

Dueñas, Alternativas a la prisión en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP, Documentación Jurídica, monográfico 1, vol. 1 (1983), pp. 213 ss.; *De Sola/García Arán/Hormazábal*, Alternativas a la prisión, 1986; *Suárez López*, La reintroducción en el texto punitivo de la pena de arresto domiciliario y fin de semana a través de la localización permanente, en RECPC (14) 2012; *Tonry/Hamilton (eds.)*, Intermediate Sanctions in Overcrowded Times, 1995; *Del Toro Marzal*, La paralización de la pena en la Propuesta de Anteproyecto en nuevo CP, Documentación Jurídica, monográfico 1, vol. 1 (1983), pp. 199 ss.; *Torres Rosell*, La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, 2006; *la misma*, Contenido y fines de la pena de localización permanente, en InDret 1/2012; *Triffterer*, Die lebenslange Freiheitsstrafe..., ZRP 1976, pp. 91 ss.; *Valdés Osorio, G.*, El trabajo a favor de la comunidad., en Iter Criminis, nº 2, 1999; *la misma*, Los sustitutivos de la pena de prisión, en Rev. Mexicana de Ciencias Forenses, nº 8, 2007; *Varona*, El arresto de fin de semana: lecciones a aprender de su breve historia, en RDPCr nº 13, 2004; *el mismo*, La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?, en http://www.criminologia.net; *Walter*, Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW 95 (1983), pp. 2 ss.; *Weigend*, Die kurze Freiheitsstrafe —eine Sanktion mit Zukunft?, JZ 1986, pp. 260 ss.; *Yáñez Román*, El «tipo de revocación» de la condena condicional, ADPCP 1972, pp. 147 ss.; *el mismo*, La condena condicional en España, 1973; *Zipf*, Teilbedingte Strafen, A.A.V.V., Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Referate des 13. von der Vereinigung österreichischer Richter veranstaltetem Fortbildungsseminars..., 1985, pp. 109 ss.

I. Evolución histórica

1 Los **orígenes de la pena de privación de libertad**, entendida en sus términos actuales, son relativamente próximos. Suele convenirse en que, salvo excepciones de escasa significación,[1] **hasta el siglo XVI** no da comienzo el proceso histórico que dará lugar en el s. XVIII a la consolidación de la pena privativa de libertad en su sentido actual de pena consistente en el propio internamiento de un sujeto en un establecimiento penitenciario.[2] Hasta entonces la historia de la Humanidad reservó generalmente a la prisión funciones distintas, en especial la de servir de custodia de quienes esperaban ser juzgados (la actual «prisión preventiva») o habían de ser sometidos a tormento. Con particular claridad lo expresó Ulpiano para el Derecho romano, cuando afirmó que la cárcel no se dirigía al castigo, sino «*ad continendos homines*».[3] Durante la mayor parte de la Historia las penas han privado de bienes como la vida, la integridad física, el honor o el patrimonio, pero no de la libertad por sí sola. Cuando se privaba de este último bien, se hacía casi siempre como medio necesario para otro fin, como los ya señalados, o como el de forzar a determinados trabajos (como en las minas).

1. García Valdés, pp. 70 s., menciona como tales excepciones la cárcel prevista por corto espacio de tiempo para delitos leves en algunos Fueros municipales, «la cárcel de Estado», aplicada a veces a enemigos políticos reales o señoriales, y la prisión eclesiástica del Derecho canónico, con finalidad de penitencia y meditación. Cfr. también otros precedentes en Jescheck, Freiheitsstrafe, páginas 1949 ss.

2. Cfr. por ejemplo: Landrove, Consecuencias, p. 43; Bustos/Hormazábal, PG, p. 176; Jescheck, Freiheitsstrafe, p. 1951.

3. Digesto, De poenis, 48, 19, 9. El pasaje se recoge también en las Partidas, 7, 31, 4, y en el Libro de las Costumbres de Tortosa, 1, 3, 5. Cfr. García Valdés, Teoría, p. 69.

2 Cabe aventurar diversas hipótesis para explicar el tardío carácter de la implantación de la pena de prisión. Seguramente influyeron ideas como las siguientes. Por una parte, la libertad física no tuvo hasta los tiempos modernos la importancia y el significado que hoy posee. Grandes masas de la población han carecido hasta hace poco del derecho a la libertad, no ya en su sentido político, sino en el más primario de ser dueño de sí mismo: no lo han sido los esclavos ni los siervos de la gleba. Cuando se admitían —como en Roma— la esclavitud y los trabajos forzados, quedaba poco espacio para una posible pena de puro internamiento. Por otra parte, el Derecho penal ha sido predominantemente de carácter privado hasta la aparición del Estado moderno. Ahora bien, si el control penal de los esclavos y de los siervos correspondía a su señor, es comprensible que no interesase a éste castigar a aquéllos con una pena de *privación* de libertad que le privase de su trabajo. En cuanto al control penal de los libres, era también lógico que la venganza privada prefiriese penas que o bien compensasen económicamente («composición») el perjuicio sufrido o, en otro caso, supusiesen una satisfacción inmediata del instinto de venganza (como la muerte o castigos corporales o infamantes). Tampoco existía la *organización* necesaria para mantener un sistema de prisión, con funcionarios, control a largo plazo, manutención de los internos, etc.[4] La pura privación de libertad podía aparecer como una reacción poco satisfactoria a corto plazo, que en lugar de compensar económicamente obligaba a mantener al condenado y una organización de cierta complejidad, con los costos y preocupaciones consiguientes.

3 La aparición del Estado moderno y de un Derecho penal público, por una parte, y el surgimiento de una amplia capa social que, perdido su lugar en el campo, acude a las ciudades en condiciones de pobreza, pero sin vínculos de esclavitud feudal,[5] y cuyo control se convierte en el primer objetivo del poder punitivo, por otra parte, fueron factores que irían provocando desde la Baja Edad Media la aparición de las penas de prisión. Pero al principio se intentó salir al paso de la nueva necesidad de control del orden público exasperando la utilización de las **penas clásicas de muerte y corporales**. Se hizo un uso extremado de todos los modos imaginados de causar dolor y muerte, en un intento de frenar la nueva delincuencia surgida de los miles de desocupados, mendigos, prostitutas y en general liberados a su miseria procedentes de un campo insuficiente.[6] Las penas pecuniarias, fundamentales en la Alta Edad Media, no podían ser pagadas por la nueva clientela del Derecho penal, que de momento

4. Escribe Antón Oneca, PG, p. 497: «... Las penas de privación de libertad son de aparición tardía, pues no se han podido plantear hasta un cierto grado de desenvolvimiento de la Administración Pública».

5. Sobre las causas de esta emigración a la ciudad, origen del proletariado, cfr. Melossi/Pavarini, Cárcel y fábrica, pp. 30 ss.

6. Según Rusche/Kircheimer, Pena, p. 10, en Florencia en 1380, de una población total aproximada de 90.000 habitantes, 17.000 dependían de la caridad.

acudió en su lugar a sus sustitutivos tradicionales, la muerte y los castigos corporales. Así empezó la historia del llamado «Derecho penal del terror» del Antiguo Régimen. La pena de prisión, aparte de carecer de tradición, no debía parecer suficientemente intimidativa para quienes tal vez ya era bastante con tener de comer y un lugar donde dormir. Hubo que esperar a la aparición de una utilidad económica de la privación de libertad para que ésta iniciara su nuevo camino histórico.

4 Ello sucedió **a fines del s. XVI.** El surgimiento de grandes ciudades, la estabilización de la demanda, el crecimiento del sistema financiero, las nuevas rutas comerciales de Asia y América, condujeron a una constante extensión de los mercados. Se sintió entonces una creciente necesidad de mano de obra que, no obstante, venía dificultada por el escaso crecimiento demográfico en la segunda mitad del s. XVI y, sobre todo, por la detención y hasta fuerte disminución de dicho crecimiento durante el s. XVII a causa de las guerras religiosas y los disturbios internos.[7] Añádase a ello la difusión de una actitud de valoración moral altamente positiva del trabajo, vinculada a la Reforma protestante y al Calvinismo, y se comprenderá la aparición y proliferación de las llamadas **«casas de corrección»**, de las penas de **galeras**, de **deportación** a colonias de ultramar y de **trabajos forzados.** Son distintas vías por las cuales se pretende aprovechar la fuerza de trabajo representada por los delincuentes y también por mendigos, prostitutas, etc.

5 Las **«casas de corrección»**, la primera de las cuales parece que fue la de Bridewell en Londres (1555), y que se extendieron por toda Europa —sobre todo en Holanda— a lo largo de los siglos XVII y XVIII, suelen considerarse los antecedentes más próximos de la moderna pena de privación de libertad. En ellas se recluía al principio a los pequeños delincuentes junto a mendigos y pobres, hijos descarriados, etc., con el objeto central de hacerles trabajar en una actividad productiva. En su origen tenían una finalidad económica lucrativa y de regulación del mercado de trabajo.[8] Según un historiador del sistema penitenciario holandés, las casas de corrección constituían ante todo establecimientos manufactureros que producían mercancías a un costo particularmente bajo como consecuencia de la fuerza de trabajo barata que empleaban.[9] En el contexto de un Derecho penal cruel que buscaba la eficacia por encima de consideraciones humanitarias, tanto las «casas de corrección» como las **galeras**, de

7. Cfr. Rusche/Kircheimer, Pena, pp. 25 ss.

8. Para Melossi, la finalidad central de las casas de corrección era también contribuir a la «transformación del trabajador agrícola expulsado de su tierra en obrero»: Melossi/Pavarini, Cárcel, pp. 36, 42. Pavarini mantiene lo mismo para el sistema penitenciario americano de la primera mitad del s. XIX: ibidem, pp. 190 ss. (la penitenciaría como «fábrica de proletarios y no de mercancías»).

9. Cfr. Rusche/Kircheimer, Pena, p. 58.

especial importancia en España,[10] y las demás formas de **trabajos forzados**,[11] se hallaban lejos de obedecer a un intento de suavizar la dureza del sistema penal de la muerte y las penas corporales. Su sentido era bien distinto del que motivó la difusión de la pena de privación de libertad en el siglo XIX.

6 Una de las consecuencias principales de la crítica que la **Ilustración** efectuó del sistema penal del *Ancien Régime*, fue la progresiva sustitución de las penas corporales y de muerte por la pena de prisión. Aquellas penas, sobre todo las corporales, se presentaron como contrarias a la dignidad del hombre, que se erigió en centro del pensamiento liberal. Había que encontrar otras penas más adecuadas a un tratamiento racional de la delincuencia. La práctica penal anterior favoreció la elección, para ello, de la pena privativa de libertad. Poco a poco los jueces habían mostrado una tendencia a aumentar las condenas a «casas de corrección» o similares y a disminuir la imposición de otra clase de penas más duras, en virtud a menudo del arbitrio judicial y por la vía de la *«poena extraordinaria»*.[12] El pensamiento ilustrado, por su parte, vino a descubrir la privación de libertad como una forma de pena racional y ajustada a las necesidades de un sistema penal más humano y basado en la proporcionalidad de delito y pena —la privación de libertad puede imponerse con duraciones diversas y escalonadas, según la gravedad del delito—.[13] Todo ello llevó a erigir los **sistemas punitivos liberales del siglo XIX** sobre la base de la pena privativa de libertad.

7 Ésta no responde entonces a la utilidad económica que hizo nacer las «casas de corrección» en los siglos XVI y XVII. La finalidad primordial de la moderna pena de prisión fue la privación de libertad en sí misma. La superación del mercantilismo, el establecimiento del liberalismo económico y la aparición del maquinismo industrial, y en **Europa** la superabundancia de fuerza de trabajo que ello generó inicialmente en el proletariado industrial, hicieron no competitivo, innecesario y hasta criticado por las organizaciones de trabajadores libres, el trabajo carcelario.[14]

8 En los **EE.UU.** no se produjo el excedente de mano de obra, razón que a juicio de Rusche y Kircheimer explica el rápido fracaso del sistema de **aislamiento celular** que se propuso en 1790 en Filadelfia, que pronto se sustituyó por otros,

---

10. Cfr. Rodríguez Ramos, ADPCP 1978, pp. 263 ss., que sitúa el origen de esta pena en Francia (s. XV), y recoge antecedentes en España que señalarían a Fernando el Católico como iniciador de la pena de galeras. Especialmente importantes fueron varias Pragmáticas de Car- los I y Felipe II.

11. En nuestro país, señala Antón Oneca, PG, p. 498, el servicio en las minas (cárcel real de esclavos y forzados de Almadén) y en los presidios de las plazas de África, «donde la ausencia de la población libre aconsejó el uso de mano de obra penitenciaria».

12. Cfr. Rusche/Kircheimer, Pena, pp. 77 ss.

13. Cfr. Melossi, op. cit., pp. 81 ss.

14. Cfr. Rusche/Kircheimer, Pena, pp. 101 ss.

como el de Auburn, más adecuados para el trabajo —el **sistema de Auburn** suponía aislamiento nocturno y trabajo en común bajo la regla del silencio—. El trabajo era aún posible en Norteamérica dada la escasez de fuerza de trabajo existente en aquel país.[15] En cambio, en Europa prosperó el sistema de aislamiento celular porque no era necesario el trabajo y sí una eficacia preventiva mayor.[16]

9 En el viejo continente ello llevó a una constante degradación de las instituciones penitenciarias,[17] que se convirtieron en medios fundamentalmente intimidatorios, cuya eficacia exigía que ofrecieran condiciones más duras que la apenas soportable situación del naciente proletariado. Mas no se olvide que, suprimidas las penas corporales y reducido el alcance de la pena de muerte, las cárceles habían de heredar la anterior función intimidativa de dichas penas. Con ello se pretendía un progreso, pero el estado de miseria que acompañó al primer proletariado industrial condujo a aumentar la dureza del nuevo sistema de control penal: si no se pudo ya, por las nuevas convicciones, volver al uso terrorífico de las ejecuciones capitales y mutilaciones con que se había hecho frente a aquella otra primera gran emigración del campo a la ciudad al disolverse el sistema feudal en la Baja Edad Media, el nuevo Estado de la burguesía tuvo que endurecer la pena que en principio se imaginaba más humana, para salir al paso de la nueva delincuencia surgida del desmoronamiento del sistema del Estado Absoluto.

10 Pero, de la misma forma que, tras la crisis inicial que supuso el fin del feudalismo, el mercantilismo llevó a un progreso económico que permitió la aparición de las primeras «casas de corrección», también el capitalismo liberal acabó elevando, y más que nunca anteriormente, el nivel económico de los países industriales. Durante el pasado siglo XX, ello posibilitó un amplio movimiento de reforma penitenciaria y de restricción de las penas privativas de libertad.[18] En las nuevas condiciones, de mayor prosperidad, se perfilan otras penas menos traumáticas —en especial las penas de multa— como llamadas a sustituir en importancia a la prisión.

11 El proceso histórico descrito es susceptible de distintas **valoraciones**. La interpretación tradicional entiende que dicho proceso tiene como resultado la humanización del Derecho penal, que gracias a las penas privativas de libertad pudo prescindir de las penas corporales y de la aplicación masiva de la pena de muerte y conducir a su progresiva abolición. Foucault

15. Cfr. Rusche/Kircheimer, Pena, pp. 151 ss.

16. Cfr. sobre esto también Melossi/Pavarini, Cárcel, pp. 87 ss., y pp. 170 ss. Sobre los sistemas penitenciarios americanos y europeos del siglo XIX cfr. en general García Valdés, Teoría, pp. 85 ss. El sistema que inspira la actual legislación penitenciaria española será expuesto, infra, Lección 32.

17. Ya en 1777 el célebre penitenciarista Howard denunció en su obra The state of prisons in England and Wales el lamentable estado de las prisiones europeas, tras visitar numerosas prisiones de la época. Se considera a este autor el iniciador del reformismo penitenciario moderno.

18. Cfr. Rusche/Kircheimer, Pena, pp. 165 ss.

ha sostenido, en cambio, que la historia que conduce a la pena privativa de libertad responde y expresa un aumento y refinamiento en el control penal, que acabaría atacando no ya el cuerpo, sino el espíritu.[19]

II. Las penas privativas de libertad en el Código penal

12 1. Los Códigos penales españoles han basado siempre sus sistemas punitivos en las penas privativas de libertad. Es característica de los mismos la previsión de un largo catálogo de penas de esta clase: El CP 1848 preveía hasta doce clases de ellas. Su sentido inicial era facilitar una diferenciación proporcional de las penas, que permitiese adecuar su gravedad a la de los delitos. La distinción de varias clases de penas privativas de libertad —reclusiones, presidios, prisiones, arrestos— perseguía graduar no sólo su duración, sino también su significado cualitativo, que había de reflejarse en una mayor o menor dureza de su forma de ejecución. Pero la evolución de las ideas penales y penológicas ha ido determinando un paulatino abandono de estas diferencias cualitativas, y en el CP anterior ya sólo su duración distinguía a las diferentes penas privativas de libertad previstas en el Código. Esta evolución había determinado, por otra parte, una cierta simplificación en el elenco inicial de esta clase de penas.[20] La última manifestación de ello fue la supresión, en 1983, de la distinción de las penas de «presidio» y las de «prisión». Lo único que diferenciaba a los presidios de las prisiones era un originario sentido deshonroso que se atribuía a los primeros. Su duración y su ejecución había acabado siendo la misma.

13 Pero las concepciones actualmente reinantes en la penología aconsejaban llevar hasta el final el indicado proceso de simplificación y reunir bajo una sola denominación las diversas penas privativas de libertad aún subsistentes en el CP anterior. Por una parte, hay que rechazar toda nomenclatura que tienda a discriminar las penas según un mayor o menor carácter deshonroso, como hay que recusar todo elemento que potencie el efecto estigmatizador de las penas privativas de libertad.[21] Por otra parte, la forma de ejecución de estas penas no puede determinarse de antemano en base únicamente a la gravedad abstracta del delito cometido, sino fundamentalmente en atención a la personalidad del condenado y a las concretas exigencias de la orientación a la «reeducación y reinserción social» que impone el art. 25, 2 de la Constitución. Todo ello explica la aparición de una única pena de *prisión* en el CP actual.

---

19. Cfr. Foucault, Surveiller, passim.
20. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 500; Rodríguez Devesa, PG, p. 851.
21. Cfr., con relación a la unificación de las penas privativas de libertad operada en el CP alemán de 1975, Roxin, Desarrollo, pp. 92 s.

14 La **duración mínima y máxima** de la pena de prisión en el CP ya se mencionó en la Lección anterior: de tres meses a veinte años, como regla general (art. 36, 2 CP), salvo los casos en que puede llegar a veinticinco (art. 139 y art. 485, 2 I CP), a treinta años (art. 485, 2 II y art. 76 1 b CP) y, en algunos supuestos de concurso real de delitos, hasta cuarenta años (art. 76, 1 c CP).

15 2. Hasta la LO 1/2015 no existía en nuestro Derecho ninguna forma de **«cadena perpetua»**. Es de subrayar que ni siquiera se introdujo cuando se abolió la pena de muerte del CP —a diferencia de lo que es corriente en Derecho comparado para los delitos que dejan de castigarse con la pena capital, aunque generalmente sea usual que se indulte al condenado tras un determinado plazo.[22] Ahora bien, la pena de prisión puede imponerse con una duración que puede llegar a los *treinta años*, e incluso a *cuarenta años* en caso de concurso real de delitos, y que ha de considerarse ya de una gravedad extraordinaria, en cierto modo próxima a la de «prisión perpetua» de los países en que ésta se indulta transcurrido cierto tiempo. Téngase en cuenta que hoy se considera comprobado que las penas superiores a quince años producen graves daños en la personalidad del recluso, lo que se opone al objetivo de resocialización fijado por el art. 25, 2 de la Constitución.[23]

16 No obstante, la LO 1/2015 incorpora al catálogo de penas privativas de libertad una forma de cadena perpetua que denomina eufemísticamente pena de **prisión permanente revisable.** Se trata de una pena de prisión de **duración indeterminada** prevista únicamente para supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que, según la Exposición de Motivos de la Ley, "está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión". Pese a lo indicado por el legislador,[24] existen **serias**

---

22. Así, en la República Federal de Alemania la mayoría de condenados a prisión perpetua son indultados antes de haber transcurrido veinte años (y a veces antes de los diez años). Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 1063 s.

23. Cfr. Barbero Santos, Pena de muerte, p. 169; Muñoz Conde, Adiciones, p. 1071; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 578. La Propuesta de PG del PC-PSUC propuso, por ello, limitar la privación de libertad a 15 años. Cfr. Mir Puig/Muñoz Conde, CPC n.º 18 (1982), pp. 614 y 625. El StGB alemán señala también el límite de 15 años para la prisión temporal: cfr. Jescheck, Tratado, p. 1065.

24. Según la Exposición de motivos de la LO 1/2015, "la pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión. Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional

dudas de que la prisión permanente revisable resulte compatible con el principio de resocialización de las penas, consagrado por el art. 25, 2 CE.

Pese a su carácter permanente, la pena está sujeta a un **régimen de revisión**, previsto en el **art. 92 CP**. **17**

De acuerdo con este precepto, tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste podrá obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos. Una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. Cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social. **18**

Dispone el **art. 92 CP:** **19**

«1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido de forma efectiva veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo. b) Que se encuentre clasificado en tercer grado. c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. **20**

»En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refieren la letra c) del apartado 1 se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos. **21**

---

del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania; 13-11-2014, caso Bodein vs. Francia; 3-2-2015, caso Hutchinson vs. Reino Unido). El Consejo de Estado ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada –pero revisables–, al informar con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente".

22 »El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

23 »2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

24 »La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del artículo 80.1 y en los artículos 83, 86, 87 y 91 de este Código.

25 »3. El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

26 »Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

27 »4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.»

28 En cuanto a la posibilidad de clasificación del condenado a prisión permanente revisable en el tercer grado, el **art. 36, 1 CP** dispone que «la clasificación del condenado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos. En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya

cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b)».

3. Una de las novedades que introdujo la LO 15/2003 fue la pena de **localización permanente**. Implica una limitación de la libertad mucho menor que la prisión, por lo que ha de verse como una alternativa a ésta última. También lo fue el arresto de fin de semana que introdujo el CP 1995, pero, tras haber sido suprimido por la LO 15/2003, su lugar viene a ocuparlo la pena de prisión a partir de tres meses y la localización permanente. **29**

Según la Exposición de Motivos de la LO 15/2003: «La pena de localización permanente es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios». **30**

El art. 37 CP configura y regula la pena de localización permanente: **31**

‹‹1. La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia o posteriormente en auto motivado. No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado. **32**

»2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada. **33**

»3. Si el condenado incumpliera la pena, el Juez o Tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468. **34**

»4. Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.›› **35**

El límite máximo de seis meses fue introducido por la LO 5/2010[25] y se mantiene, como hemos visto, en el apartado 1 del actual art. 37 CP. Sin embargo, **36**

25. Sobre las mismas vid. Torres Rosell, "La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 92 ss.

ello contradice el hecho de que desde la reforma de 2015 la localización permanente se prevé en el art. 33 CP entre las penas leves con una duración de un día a tres meses (art. 33, 4 h). Ahora bien, este límite no regirá cuando la localización permanente se imponga como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de una multa (art. 53, 1 CP).

37 En lo que se refiere al **lugar de cumplimiento**, el precepto dispone que el mismo podrá ser determinado **tanto en Sentencia como en Auto posterior**, debiendo ser ambos motivados. Además, la LO 5/2010 introdujo la posibilidad de que, en determinados casos (singularmente de reiteración delictiva), la localización permanente se cumpla en **centro penitenciario**. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en **sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado**, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1. Para que esto último ocurra, es necesario *"que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable"*. El único precepto en que ello ocurría era el **art. 623, 1º CP (comisión reiterada de faltas de hurto)**.[26] Con la desaparición de las faltas, la LO 1/2015 ha dejado sin efecto esta posibilidad.

38 La localización permanente puede imponerse también, en los delitos leves, como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa (art. 53, 1 CP).

39 Según el art. 38 CP, el comienzo del cómputo de la privación de libertad depende de si el reo estuviere o no preso en el momento de la sentencia condenatoria. Si lo estuviere, «la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme»; si no lo estuviere, «la duración de las penas comenzará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento».[27]

40 Tras la LO 5/2010, el **art. 58, 1 CP** dispone que «[e]l tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. ***En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa***». La inclusión de esta última cláusula zanja definitivamente el debate sobre si el tiempo de prisión provisional podría ser abonado en dos causas distintas (aquella por la

26. Cursiva añadida.
27. Vid. sobre esto Casabó, Comentarios, II, pp. 150 ss.

que cumple privación de libertad y otra por la que ya se encontraría privado de libertad cumpliendo condena).[28]

41 También las privaciones de derechos acordadas cautelarmente durante el proceso pueden acortar la privación de libertad impuesta en la condena. Después de declarar el art. 58, 4 CP, que «las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente», el art. 59 precisa que «cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada».

42 ¿Qué ocurre en el supuesto de que tras la prisión preventiva resulte la absolución o una condena de duración inferior al tiempo transcurrido de privación de libertad? Sería justo que el Estado indemnizara en ambos casos por el perjuicio irrogado. El art. 294 LOPJ únicamente establece la necesidad de indemnizar si se produce absolución por inexistencia del hecho imputado o sobreseimiento libre por la misma causa.

43 No alcanza este precepto procesal a los demás supuestos de absolución y de imposición de pena de menor duración a la de la prisión preventiva Es posible considerar que también estos otros casos constituyen *«errores judiciales»*. Si el concepto de error judicial se maneja en un sentido amplio, cabe reputar «errónea» la decisión judicial que impone la prisión provisional a un inocente, aunque no sea declarado tal por inexistencia del hecho, o la que permite que su duración sea excesiva —si el juez hubiera conocido de antemano la inocencia del sujeto o que merecía una pena de duración inferior, no hubiera debido decretar la prisión preventiva o, en su caso, debería haber interrumpido antes su cumplimiento, por lo que en este sentido la decisión correspondiente se basa en un «error». Pues bien, téngase en cuenta que la Constitución establece el deber del Estado de indemnizar en caso de error judicial (art. 121 Const.).

III. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

44 1. Hemos señalado en varias ocasiones que el rasgo tal vez más llamativo de la evolución de los sistemas penales actuales es la previsión en ellos de mecanismos tendentes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad no absolutamente necesarias. A consecuencia de la progresiva humanización de las ideas penales, paralela al aumento del nivel económico en los países desarrollados, la privación de libertad aparece ya hoy como una pena que resulta excesiva en muchos casos. Ello ha determinado, por una parte, una tendencia a acortar la

28. A favor de la conformidad con la Constitución española del doble abono se había mostrado la STC 57/2008, 28-4. Crítica con esta resolución se mostró, en cambio, la STS 1391/09, 10-12. Sobre todo esto vid. Bach Fabregó / Gimeno Jubero, "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas", en Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 87 ss.

duración máxima de las penas de prisión, así como a privarles de efectos secundarios indeseables. Lo mismo se refleja en las modernas concepciones penitenciarias, como la que inspira la Ley General Penitenciaria española, que habrá ocasión de examinar en la Lección destinada a la ejecución de la pena. Pero la «crisis» de la prisión se advierte también en una firme tendencia a evitar las **penas cortas de prisión**.[29] Se basa en dos razones principales. La primera es que son éstas penas que antes desocializan que favorecen la resocialización, puesto que permiten ya el contagio del pequeño delincuente al entrar en contacto con otros más avezados y en cambio no posibilitan el tiempo necesario para emprender un tratamiento eficaz. La segunda razón es que las penas cortas de prisión se prevén para delitos poco graves, para los cuales bastarían penas menos traumáticas.

45 Para evitar las penas cortas de prisión existen distintas posibilidades. Cabe acudir a otras penas (como ahora en España a una multa o a la localización permanente, previstas en lugar de penas de prisión inferiores a tres meses) y cabe también renunciar a toda pena, vías ambas que se intentan en las legislaciones penales actuales.[30] Mas existe una posibilidad intermedia que se halla especialmente difundida en el presente: la **suspensión** de la ejecución de la pena *a condición* de que el sujeto no vuelva a delinquir o de que cumpla ciertas condiciones dentro de cierto plazo. Existen varias modalidades de «suspensión condicional».[31] Cabe suspender ya el proceso penal, de modo que el Ministerio Fiscal deje de ejercer la acusación a condición de que el imputado satisfaga determinadas condiciones (reparación del daño, realización de alguna prestación de utilidad social, etc.), eventualmente mediante la asistencia de algún funcionario. En el Derecho comparado existen en este sentido distintas formas de «*diversion*», «*pretrial probation*», «*classement sans suite surveillé*», etc.[32] Otra posibilidad muy extendida en el mundo anglosajón es la declaración de culpabilidad sin pronunciamiento de la pena, que se suspende a condición de que el

29. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 521; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 832; Landrove, Consecuencias, pp. 70 s.; Rodríguez Devesa, PG, pp. 853 ss. Vid. también la obra de Horstkotte, cit. en la bibliografía. Sin embargo, cabe advertir en los último años una tendencia, en países tradicionalmente abiertos a la moderna Política criminal, como Suecia, Holanda, Inglaterra y Suiza, una decidida tendencia a hacer de nuevo uso de penas cortas de prisión, buscándose evitar sus inconvenientes a través de una adecuada configuración de su ejecución (mediante cumplimiento en fines de semana, previéndose regímenes de semi-libertad, etc.). Cfr. Jescheck, Lehrbuch, 4ª ed., 1988, p. 675. También Burgstaller, ZStW 102 (1990), pp. 654 s. Acerca del escaso efecto preventivo general de las penas cortas de prisión vid. Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 576 ss.

30. Vid. una visión de conjunto en Jescheck, Alternativas, pp. 14 ss. Cfr. también las obras de Asúa Batarrita, Burgstaller, Grevi, Manzanares, Nuvolone, Padovani, De Sola, De Sola/García Arán/Hormazábal (con amplia información de Derecho comparado europeo) y Sobremonte, cit. en la bibliografía.

31. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 108 ss.; Núñez Barbero, Suspensión, passim; Dünkel/Spiess, Alternativen, passim. Señalan que el fundamento de la suspensión condicional es evitar la presión ATS de 29 mayo 2001 y AAP Madrid 1136/2004 de 26 nov.

32. Cfr. las obras de Blau, Campanini, Herrmann, Kury/Lerchenmüller y Walter, cit. en la bibliografía.

sujeto supere un período de prueba en el que ha de cumplir ciertos deberes bajo la vigilancia de un funcionario *(probation officer)*. Es la llamada *«probation»*. Por último, el sistema franco-belga del *«sursis»* supone el pronunciamiento de la pena pero con suspensión de su cumplimiento durante un determinado período de prueba sin necesidad de sometimiento a ciertos deberes ni control.[33] Este último sistema, bajo el nombre de **«condena condicional»**,[34] fue el acogido en el Derecho español por virtud de la Ley de 17 de marzo 1908,[35] y se incorporó al Código penal.

46 2. El **vigente CP 1995** modificó en varios aspectos importantes la anterior regulación de la «condena condicional». Sustituyó esta denominación, hizo siempre discrecional la suspensión condicional, amplió las posibilidades de su concesión, e introdujo la posibilidad de imponer ciertas obligaciones al sujeto. La LO 15/2003 suprimió, en cambio, una importante novedad de la regulación de 1995, cual era la restricción del acceso a la anotación registral de la condena suspendida durante el período de prueba y su completa cancelación si se cumplían las condiciones de la suspensión. También la LO 1/2015 somete la suspensión a una profunda revisión.

47 En primer lugar, el vigente CP 1995 cambió la propia **denominación** «condena condicional» y la de «remisión condicional» que usaba el CP anterior, por la más precisa de «*suspensión de la ejecución de las penas* privativas de libertad».

48 En segundo lugar, la suspensión condicional es ahora siempre **discrecional** por parte del Juez o Tribunal. Según el art. 80, 1 CP, «[l]os jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos». La suspensión de la ejecución ha dejado de ser obligatoria en los delitos perseguibles a instancia del agraviado (antes lo era cuando éste lo solicitaba), aunque en ellos el Juez o Tribunal habrá de oír a éste o a quien le represente antes de tomar su decisión (art. 80, 6 CP). Tampoco es imperativa la suspensión en los casos de concurrencia de una eximente incompleta (a diferencia de lo que establecía el anterior art. 94).

---

33. Cfr. Del Toro, Comentarios, II, pp. 483 s.

34. Designación que Núñez Barbero, ADCPC 1970, pp. 6 ss., considera inapropiada, porque en nuestro Derecho no se suspende la «condena», sino la ejecución o cumplimiento de la pena. Por ello propone la denominación de «suspensión condicional de la pena». Tampoco es correcta la expresión «remisión condicional» que utilizaba la rúbrica de la Sección 3ª en que se contenía la regulación legal de la figura: cfr. Del Toro, Comentarios, II, p. 479.

35. Sobre antecedentes históricos anteriores cfr. Yáñez Román, Condena condicional, passim, y ADPCP 1972, pp. 305 ss. Críticamente sobre la regulación española, comparándola con la alemana, Echano, Suspensión, pp. 469 ss.

49 El apartado 1 del art. 80 CP viene a indicar expresamente el **criterio fundamental** que debe guiar al juzgador a la hora de tomar la decisión de si suspende o no la ejecución de la pena: «1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». Ello resulta coherente con la finalidad primordial de esta institución, que es la de evitar la privación de libertad y sus efectos negativos cuando no resulte absolutamente necesaria para la prevención general y especial. Las necesidades de prevención general ya se tienen en cuenta al permitir sólo la suspensión de penas no muy graves. La prevención especial depende de las probabilidades de recaída en el delito que manifieste el sujeto: de su peligrosidad criminal.

50 El presente CP amplió considerablemente las posibilidades de concesión de la suspensión condicional. No sólo elevó a los *dos años* (en lugar de un año) el **límite general** de duración de las penas privativas de libertad que pueden ser suspendidas, sino que en casos de drogodependencia dicho límite llega hasta los *cinco años* (art. 80, 5).

51 La LO 15/2003 **eliminó del art. 82 CP la importante restricción del acceso a los antecedentes registrales** por una condena suspendida que en 1995 había introducido dicho precepto. Su número 2 declaraba: «Si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro (quiere decir del Registro Central de Penados y Rebeldes), a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces y Tribunales» (no otras personas, como en cambio ocurre respecto a los demás antecedentes penales). Pero lo más importante era que si transcurría satisfactoriamente el plazo de suspensión condicional, se establecía que el Juez o Tribunal «acordará la **remisión de la pena**, ordenando la **cancelación de la inscripción** hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto».

52 Anteriormente, el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 habían tratado de conseguir un resultado parecido a través de la introducción de una nueva figura: la **«suspensión del fallo»**, que pretendía evitar los efectos negativos de los antecedentes penales en orden a la reinserción social del sujeto dejando en suspenso la propia condena, que se tendría por no formulada en caso de superarse satisfactoriamente el plazo de suspensión. Es cierto que ello planteaba dificultades procesales, en particular en cuanto a la posibilidad de recurrir la sentencia suspendida. La LO 15/2003 abandonó por completo esta interesante línea de evolución.

53 Por último, este CP aproxima la naturaleza de la suspensión condicional de la pena al modelo anglosajón de la *probation* al permitir al Juez o Tribunal que

imponga al sujeto determinadas **obligaciones durante el período de suspensión**, si la pena suspendida es de prisión. Ahora la suspensión no estará solamente condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado, sino que puede también estarlo al cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones o medidas previstas en los arts. 83 y 84 CP, respectivamente. Responden a dos principios distintos: de *control* y de *asistencia* al sujeto.

54 El **art. 83** establece las siguientes **obligaciones** imponibles: «1. El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados: 1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada. 2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. 3.ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal. 4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. 5.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas. 6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares. 7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. 8.ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos. 9.ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.— 2. Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior».

55 Por su parte, el **art. 84** dispone las siguientes **prestaciones o medidas**: «1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1.ª El **cumplimiento del acuerdo** alcanzado por las partes en virtud de **mediación**. 2.ª El **pago de una multa**, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración. 3.ª La realización de **trabajos en beneficio de la comunidad**, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión

sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.— 2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.»

56 3. Los **requisitos** que deben concurrir para que sea posible la suspensión condicional de la ejecución de la pena son en parte distintos según que la pena o penas se impongan o no por un delito cometido a consecuencia de drogodependencia. Veremos en primer lugar el régimen general y a continuación el establecido para la drogodependencia.

57 Según el **art. 80, 2 CP**, serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

58 »1.ª Que el condenado haya **delinquido por primera vez**. A tal efecto **no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves**, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

59 En la práctica se decide si el sujeto ha delinquido previamente atendiendo a si consta alguna sentencia condenatoria anterior en el Registro Central de Penados —cuyas anotaciones sólo indican la fecha de las sentencias, pero no la de los delitos—. Ello puede no estimarse correcto a la vista de la letra de la ley, que se refiere al momento de comisión del hecho, no al de la sentencia.[36] Claro está que si existe un concurso ideal de delitos, todos ellos deberán entenderse cometidos a la vez.[37] Más dudosa es la cuestión de si en caso de concurso real de delitos cabe aplicar la condena condicional al primer delito (cfr. *infra*).

60 »2.ª Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

61 Se resuelve aquí la duda que antes existía acerca de cómo computar la duración de la pena a efectos de decidir si excede o no del plazo fijado en caso de que la sentencia condene por varios delitos. Se acoge el criterio que ya manteníamos en la octava edición de esta obra para los casos de concurso ideal de delitos (p. 782), de estar a la suma total de las penas impuestas.[38] Sigue siendo discutible si el mismo criterio es ahora extensible a los casos de

36. Cfr. Del Toro, Comentarios, II, pp. 512 s.
37. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 527; Del Toro, Comentarios, II, p. 516; STS 22 mayo 73.
38. Sobre el criterio de la Fiscalía del TS, no coincidente, cfr. Del Toro, Comentarios, II, pp. 515 ss.

concurso real de delitos, puesto que el art. 80.2.1ª continúa requiriendo que el condenado «haya delinquido por primera vez», y en sentido estricto en el concurso real el sujeto sólo delinque por primera vez cuando comete el primero de los delitos concurrentes. La actual redacción del art. 80.2.2ª, que no distingue, parece favorecer la inclusión de todos los casos de diferentes penas impuestas en una misma sentencia, aunque ello exija interpretar en un sentido restrictivo-correctivo el requisito de haber delinquido por primera vez (en el sentido de haber sido condenado penalmente por primera vez).

46. »3.ª Que se hayan satisfecho las **responsabilidades civiles** que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.»[39]

62 Es éste un requisito que no se preveía en el CP de 1973. He aquí otra manifestación de la preocupación, que alienta la Política criminal más actual, por conseguir la satisfacción de la víctima en cuanto a su derecho a ser indemnizada por el daño causado por el delito. Ello se intenta de nuevo utilizando el Derecho penal, que ahora no sólo disminuye la pena si se procede a la reparación del daño (art. 21, 5º), sino que niega la suspensión de la ejecución de la pena si no tiene lugar, en los términos expresados por el art. 80, 2, 3ª CP.

63 Del art. 80, 1 CP se desprende que sólo pueden suspenderse penas privativas de libertad. Entre las penas privativas de libertad que cabe suspender deben incluirse no sólo las de prisión, sino también las de **localización permanente** y la **responsabilidad personal subsidiaria** prevista para el caso de impago de multa. Respecto a ésta última, tras la LO 1/2015 la actual redacción del 80, 2, 2ª CP la sigue excluyendo del cómputo de la duración total de las penas impuestas a los efectos de determinar si dicha duración total es o no superior a los dos años.

64 Ello debe interpretarse en el sentido de que si, p. ej., se impone una pena de prisión de dos años y una multa cuyo impago determina una responsabilidad personal subsidiaria de tres meses, no ha de considerarse superado el límite máximo de dos años de duración que se fija

39. Según la E. de M. de la LO 1/2015 la modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil obedece a que «[e]l sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia. Por ello, se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil (y también, que se haya hecho efectivo el decomiso acordado por los jueces o tribunales) continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada».

para poder otorgar la suspensión de la ejecución. Esta exclusión a efectos de cómputo de la duración total no implica, en cambio, la imposibilidad de suspender la responsabilidad personal por impago de multa, puesto que lógicamente son cosas distintas y la primera no incluye la segunda. Siendo así, no hay razón suficiente que se oponga a la declaración general del art. 80, 1 que permite suspender las penas privativas de libertad, entre las cuales cuenta la responsabilidad personal subsidiaria.

65 No obstante lo anterior, tras la LO 1/2015, dispone el **art. 80, 3 CP**, «[e]xcepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.ª o 3.ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta».

66 Por su parte, el **art. 80, 4 CP** dispone que «[l]os jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté **aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables**, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo».

67 «El **plazo de suspensión** será *de dos a cinco años* para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y *de tres meses a un año* para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales previa audiencia de las partes, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80» (art. 81, párr. 1º CP). «En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años» (art. 81, párr. 2º CP).

68 La **condición central** del mantenimiento de la suspensión de la pena es que el reo no vuelva a delinquir durante el plazo de suspensión, poniéndose de este modo de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida (art. 86, 1, a). Tras la LO 1/2015, es preciso que la **sentencia condenatoria de un delito cometido durante dicho plazo se pronuncie dentro del período de suspensión.**[40]

40. Según la E. de M. de la LO 1/2015, «[l]a experiencia venía poniendo de manifiesto que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión, y que

69 El art. 14 de la derogada Ley de Condena Condicional contemplaba tanto el supuesto de condena durante el plazo de suspensión como el de condena en un momento posterior: «Si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliera el plazo de la suspensión sin ser condenado pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción.»

70 Antes del actual CP 1995 se planteaba la duda de si procedía revocar la suspensión en caso de que durante el período de ésta el reo fuera «sentenciado» por un delito cometido con anterioridad a la condena condicional. Una interpretación literal del art. 14 de la derogada Ley Cond. Condic. conducía a una respuesta afirmativa.[41] Sin embargo, aparte de que dicha ley ya no está en vigor, esta solución no parece concordar con el sentido político-criminal de la condena condicional, en cuanto consiste fundamentalmente en abrir un período de prueba durante el cual no volverá a delinquir el sujeto,[42] ni con el requisito primero del art. 84, que únicamente prevé como causa de revocación de la suspensión el hecho de que «el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión». La circunstancia de que otros delitos anteriores sean «sentenciados» antes o después de la suspensión de la pena, no depende del reo, por lo que sería arbitrario que decidiese la revocación del beneficio.

71 Ya hemos dicho más arriba que el CP actual permite someter la suspensión a **otras condiciones** (art. 83), **prestaciones y medidas** (art. 84) distintas a la de no delinquir durante el plazo que se fije de suspensión.

72 Según el apartado 3º del art. 83, «la imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª, o 4.ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución. 4. El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo».

73 Tras la LO 1/2015, el Juez o Tribunal **deberá revocar la suspensión de la ejecución de la pena** cuando: «a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa

---

era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión; y que el mismo criterio debía ser aplicado en la regulación de la revocación de la suspensión».

41. Favorable a ella Del Toro, Comentarios, II, p. 508.

42. Cfr. en este sentido Antón Oneca, PG, p. 531.

en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84. d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 86, 1).

74 En cambio, si el **incumplimiento** de las prohibiciones, deberes o condiciones **no** hubiera tenido **carácter grave o reiterado**, el Juez o Tribunal **podrá elegir** entre imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, o bien prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado (art. 86, 2). También tras la LO 1/2015, la revocación requerirá **audiencia previa de las partes**, en los siguientes términos: «En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.» (art. 86, 4, párr.. 1º). Igualmente, se dispone que «[e]l juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.» Finalmente, en cuanto a los **gastos realizados por el penado para la reparación del daño** causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84, el nuevo art. 86, 3 dispone que los mismos «no serán restituidos». Sin embargo, el precepto establece seguidamente que «el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.ª y 3.ª»

75 Si, por una u otra razón de las enumeradas, se revoca la suspensión, «se ordenará la ejecución de la pena» (art. 86, 1).

76 Ya se ha dicho más arriba que si, en cambio, transcurre el plazo de suspensión habiéndose cumplido todas las condiciones impuestas, el Juez o Tribunal

deberá acordar la **remisión de la pena**. En concreto, el nuevo art. 87, 1 CP, establece que «[t]ranscurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena», sin ordenar la *cancelación* de la inscripción hecha en la Sección Especial del Registro Central de Penados y Rebeldes que antes de la LO 15/2003 se establecía.

El CP contiene una regulación especial de la suspensión de la ejecución de penas por **hechos cometidos a causa de la dependencia de alcohol u otras drogas**. **77**

El antecedente de esta regulación especial es la LO 1/1988, de 24 de marzo, que amplió las posibilidades de concesión de la condena condicional para drogodependientes en condenas de hasta dos años de privación de libertad.[43] **78**

Las variantes más importantes de esta regulación especial son: que puede concederse la suspensión a sujetos **reincidentes** en cualquier delito; que pueden suspenderse **penas de hasta cinco años de privación de libertad**; que se certifique que el sujeto se encuentra **deshabituado o sometido a tratamiento adecuado**; que en este caso **no abandone el tratamiento** hasta su finalización; que el plazo de suspensión es **de tres a cinco años;** y que, aun incumpliendo el sujeto las condiciones impuestas, el Juez o Tribunal puede conceder una **prórroga del plazo de suspensión** de hasta dos años. **79**

Según el art. 80, 5 CP: «Aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las **penas privativas de libertad no superiores a cinco años** de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a **que no abandone el tratamiento hasta su finalización**. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación». **80**

Según el art. 81, párr. 2º, «en el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de **tres a cinco años.**» **81**

Tras la LO 1/2015, el nuevo art. 87, 2 dispone que «para acordar la **remisión de la pena** que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la **82**

43. Vid. Maqueda Abreu, Actualidad penal., nº 44 (1988), pp. 2285 ss.

deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su **cumplimiento**, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una **prórroga** del plazo de suspensión por tiempo no superior a **dos años**.»

IV. La sustitución de la pena

83 1. Aparte de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, el CP 1995 introdujo la posibilidad de que, en determinados casos, el Juez o Tribunal ***sustituyera*** la pena de **prisión** señalada por la Ley que no se imponga por más de **un año** o, excepcionalmente, **dos años**, por otra de arresto de fin de semana o de multa. También permitió la sustitución de penas de **arresto de fin de semana** por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Tras suprimir la LO 15/2003 la pena de arresto de fin de semana, mantuvo la posibilidad de sustituir las indicadas penas de prisión pero por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Tras la LO 1/2015, esta posibilidad, prevista en el anterior art. 88[44] se mantiene **únicamente como posible prestación o medida a cuyo cumplimiento el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena**, de acuerdo con lo previsto en el art. 84.1, 2ª y 3ª CP.[45]

84 Así las cosas, tras la LO 1/2015 la sustitución de penas privativas de libertad por otras medidas se limita, en sentido estricto, a la posibilidad de **sustituir las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros por su expulsión de territorio nacional,** prevista en el **art. 89.** En relación con esta medida, debe recordarse que la **LO 11/2003, de 29 de septiembre**, hizo **obligatoria** esta sustitución como regla general. Por su parte, la **LO 5/2010**, de 22 de junio, introdujo importantes modificaciones en el sistema. Por un lado, se amplió la posibilidad de acordar la sustitución por expulsión a **cualquier pena privativa de libertad** (art. 89, 1 CP). Por otro, la expulsión **dejó de aplicarse de forma automática, pasando a ser facultativa**, siendo precisa la celebración de una **audiencia previa** en la que debe comprobarse si el penado tenía arraigo en España, en cuyo caso podría no procederse a su expulsión. En tal audiencia previa debía

44. Sobre éste, vid. la extensa descripción del mismo que se encuentra en la anterior edición de esta obra, 29/74 ss.

45. Según la E. de M. de la LO 1/2015, la eliminación de la sustitución del anterior art. 88 CP obedece a la voluntad "de pone fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas".

oirse al penado, al Ministerio Fiscal y las restantes partes personadas.[46] No bastaba, por tanto, con que el reo fuera oído en el momento en que presta su declaración en el Juicio Oral, ni tampoco cuando ejerciera su derecho a la última palabra. Por ***"razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España"*** debía entenderse no sólo las objetivas relativas al delito, sino, muy particularmente, las personales y familiares del sujeto.[47] Según la reforma de 2010, la expulsión podía acordarse en la misma Sentencia o en Auto posterior, exigiendo expresamente la reforma que ambos estuvieran suficientemente «**motivados**». La referencia a la posibilidad de que la expulsión sea acordada mediante Auto «***posterior***» a la Sentencia condenatoria zanjaba el debate sobre si cabía o no tal posibilidad **en ejecución de sentencia**.[48]

Con la **LO 1/2015**, la posible sustitución por expulsión de penas impuestas **85**
a extranjeros se amplía **a todos ellos**, no sólo a los que no residan legalmente en España. En relación con los ciudadanos de la **Unión Europea**, solamente procederá su expulsión "cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales" (art. 89, 4, párr. 2º).[49] Con la reforma, las únicas penas susceptibles de sustitución pasan a ser las de **prisión** (art. 89, 1). Excepcionalmente, cuando ello resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, se prevé ahora la posibilidad de ejecutar una parte de la pena de prisión y suspender el resto. La sustitución deberá ser acordada en sentencia, previa audiencia de las partes (art. 89, 3), no procediendo cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su **arraigo** en España, la expulsión resulte desproporcionada (art. 89, 4). De acuerdo con el art. 45 RD 2393/2004, éste deberá apreciarse cuando la permanencia del sujeto en España sea continuada, no existan

46. Este requisito venía siendo exigido por la jurisprudencia antes de la reforma, en lo que el propio Tribunal Supremo llamó "relectura constitucionalizada del precepto". Vid., en este sentido, la emblemática STS 710/05, 7-6. Siguieron los pasos de esta línea jurisprudencial, entre otras muchas resoluciones de la jurisprudencia menor, las SSAP Tarragona 2ª, 470/09, 13-7; 29/09, 19-1; Barcelona 20ª, 804/06, 11-10; 2ª, 793/06, 19-9.

47. Velázquez Vioque, "Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España", en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 32/7806. Sobre todo ello, vid., además, Cugat Mauri, "La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros", en Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 99 ss.

48. A favor de tal posibilidad se pronunció la Circ. FGE 2/2006. En contra, en cambio, la STC 145/06, 8-5.

49. Según la E. de M. de la LO 1/2015, esta excepción resulta directamente de los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del TJUE, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente.

antecedentes penales en España o en su país de origen, tenga un contrato de trabajo de cierta duración y, por último, resulte acreditada la existencia de vínculos familiares y domicilio conocido.[50]

86 En cuanto al **plazo de la prohibición de regreso a territorio español**, con la 5/2010 el plazo único de diez años se sustituyó por uno que puede ir **de los cinco a los diez** (art. 89, 5 CP), dependiendo de la duración de la pena sustituida y de las circunstancias personales del sujeto.

87 En caso de **quebrantamiento de la prohibición de regreso a España**, a diferencia de lo que sucedía en el texto anterior, que sólo contemplaba la devolución del sujeto por parte de la autoridad gubernativa, tras la reforma caben **dos supuestos** (art. 89, 7 CP). Si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad (art. 89, 7, párr. 2º). Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento (art. 89, 7, párr. 1º). No obstante, tras la LO 1/2015 sigue sin preverse mecanismo corrector de la pena o de compensación por el tiempo de sustitución efectivamente cumplido.[51] En este caso, con la LO 5/2010 **desapareció la prohibición de suspensión** de la pena prevista con anterioridad a dicha reforma.[52]

88 Como consecuencia de la LO 1/2015, el **art. 89 CP** queda redactado como sigue: «1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que

50. Lo recuerda Velázquez Vioque en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 32/7823.

51. Realiza esta observación, con acierto, Velázquez Vioque en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 32/7823.

52. Ya antes de la reforma, esta solución ya fue convalidada por el ATC 132/2006, 4-4, FJ 2º: "La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto periodo de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales".

no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional. 2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. 3. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena. 4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo. 5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. 6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. 7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. 8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma. 9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis.»

Lección 30.
LAS DEMÁS PENAS

Bibliografía

Aránguez, La pena de trabajo en beneficio de la comunidad CPC (70) 2000, pp. 7 ss.; *Baucells i Lladós*, Sistema de penas para el delincuente económico, en CPC (107) 2012; *Beristain Ipiña*, La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana, RGLJ, 1966, pp. 249 ss.; *el mismo*, La multa en el Derecho penal español, RGL, 1976, pp. 325 ss.; *el mismo*, La multa penal y la administrativa..., ADPCP, 1975, pp. 379 ss., y en Beristain, Cuestiones penales y criminológicas, 1979, pp. 451 ss.; *Blay*, Nueve tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la necesidad de una discusión basada en conocimientos empíricos, en InDret 4/2007; *Boix Reig*, Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria, CPC nº 3 (1877), pp. 29 ss.; *Brandariz*, El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal, 2002; *Bueno Arús*, La constitucionalidad del arresto sustitutorio..., PJ nº 9 (1988), pp. 63 ss.; *Choclán*, La pena de multa en el nuevo Código Penal, RGD (633) 1997, pp. 6919 ss.; *el mismo*, Las penas privativas de derechos en la Reforma Penal, AP 1997-1, pp. 147 ss.; *Cid/Larrauri (coords.)*, Penas alternativas a la prisión, 1997; *Dessecker*, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, 1991; *Domínguez Izquierdo*, Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código penal, en CPC (112) 2014; *Driendl*, Die Reform der Geldstrafe in Österreich, 1978; *Eser*, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, en Festschrift für Stree und Wessels, 1993, pp. 833 ss.; *Faraldo Cabana/Puente Alba/Vázquez Portomeñe,* Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, 2014; *Gracia Martín/Boldova/Alastuey*, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español, 1996; *Grebing*, Probleme der Tagesatz-Geldstrafe, ZStW 88 (1976), pp. 1049 ss.; *el mismo*, Recht und Praxis der Tagesatz-Geldstrafe, JZ 1976, pp. 745 ss.; *Gutiérrez Castañeda*, Las penas privativas de derechos políticos y profesionales, 2012; *Heghmanns*, Abweichungen von Nettoeinkommensprinzip bei der Bemessung von Geldstrafen, NStZ 1994, pp. 519 ss.; *Jansen*, Die Praxis der Geldstrafenvollstreckung, 1994; *Jareño*, La pena privativa de libertad por impago de multa, 1994; *la misma*, La pena de multa y las penas privativas de derechos en el CP de 1995, en LH Casabó Ruíz, II, 1997, pp. 61 ss.; *Jescheck*, Rasgos fundamentales del mov. intern. de ref. del Derecho penal, en Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, pp. 9 ss.; *el mismo*, Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna Política criminal, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales y criminológicos, VIII, 1985, pp. 14 ss.; *el mismo (ed.)*, Strafrechtsreform in der BRD und in Italien, 1981; *Jescheck/Grebing (ed.)*, Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978; *Krey/Dierlmann*, Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, JR 1992, pp. 353 ss.; *Landrove*, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1984; *López Barja*, La pena de multa, en Estudios sobre el CP de 1995 (Parte Especial), Escuela Judicial (CGPJ); *el mismo*, Las penas privativas de derechos, RPJ (53) 1999, pp. 127 ss.; *Manzanares Samaniego*, Las inhabilitaciones y suspensiones en el Dº positivo español, ADPCP, 1975, pp. 175 ss.; *el mismo*, La pena de multa en el Proyecto de CP, ADPCP 1980, pp. 17 ss.; *el mismo*, La pena de multa, 1977; *el mismo*, La multa en la Propuesta de Anteproyecto de CP, en Poder Judicial nº 9, 1983, pp. 65 ss.; *el mismo*, Las penas patrimoniales en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP, Doc. Jur., monogr. 1, 1 (1983), pp. 233 ss.; *el mismo*, Inhabilitación, en Cobo (dtr.),

Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 397 ss.; *el mismo*, El comiso, en Comentarios cit., pp. 409 ss.; *el mismo*, Apuntes sobre la responsabilidad personal subsidiaria..., en AA.VV., Estudios de Derecho penal y criminología, UNED, 1989, t. II, pp. 33 ss.; *Mapelli*, La responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa, RDPCr (5) 1999, pp. 59 ss.; *el mismo,* La pena de inhabilitación absoluta ¿es necesaria?, CPC (108) 2012; *Mapelli/Terradillos*, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1996; *Martínez-Buján*, Penas Pecuniarias. El sistema de los días-multa, CDJ 1996, pp. 87 ss.; *Maza*, Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal, en Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal, 1996, pp. 141 ss.; *Meier*, Umleitung der Geldstrafe für Zwecke der Wiedergutmachung, ZRP 1991, pp. 68 ss.; *Mir Puig*, El sistema de sanciones, en RJCat. nº extra, 1980, pp. 21 ss.; *Mitsch*, Die Geldstrafe, JA 1993, pp. 304 ss.; *el mismo*, Die Vermögensstrafe, JA 1994; *Parés*, La nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad, PJ (47) 1997, pp. 259 ss.; *Perron*, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall, JZ 1993, pp. 918 ss.; *Portomeñe Seijas*, Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, 2013; *Pozuelo*, Las penas privativas de derechos en el CP, 1998; *Puente Aba*, La pena de inhabilitación absoluta, 2012; *Quintero*, El arresto sustitutorio, CPC nº 2, (1977), pp. 122 ss.; *Quintero/Muñoz Conde*, La reforma penal, 1983; *Rodríguez Ramos*, El sistema de días multas en el PCP, La ley 17 oct. 80, pp. 1 s.; *el mismo*, ¿Prisión por deudas al Estado?, en La Ley, 13 sept. 1988, pp. 1 ss.; *Roldán*, El dinero, objeto fundamental de la sanción penal, 1983; *Rey Huidobro*, La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, en La Ley, nº 6007, 29 abril 2004; *el mismo*, Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión, AP nº 45-46, 2003; *Roca*, La influencia germánica en la configuración española de la pena de multa, en *A.A.VV.*, La influencia de la ciencia penal alemana en iberoamérica. En homenaje a C. Roxin, t. I, México 2003; *el mismo*, La responsabilidad penal subsidiaria por impago de la pena de multa, 2003; *von Selle*, Vermögen, Strafe und Steuer, wistra 1995, pp. 161 ss.; *Serrano Butragueño*, El impago de la pena de multa, RGD (643) 1998, pp. 3539 ss.; *Souto García*, Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995, en RDPC (9) 2013; *Terradillos*, Peligrosidad social y Estado de Derecho, 1981; *el mismo*, Arresto sustitutorio y sanciones alternativas, ADPCP 1989, pp. 839 ss.; *Thornstedt*, Skandinavische Erfahrungen mit dem Tagesbussensystem, ZStW 86 (1974), pp. 595 ss.; *Tröndle*, Die Geldstrafe in der Praxis..., ZStW 86 (1974), pp. 545 ss.; *Vaello Esquerdo*, Acerca de la llamada prohibición de residencia, ADPCP, 1981, pp. 863 ss.; *Varona*, La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?, en http://www.criminologia.net; *De Vicente Remesal*, La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena, en CPC (113) 2014; *Zipf*, Die Geldstrafe und ihre Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe, 1966.

I. Penas privativas de otros derechos

1 A) La expresión «penas privativas de derechos» se usa tradicionalmente, y se sigue usando en el actual CP, en un sentido más estricto de lo que literalmente sugiere. Literalmente toda pena priva de algún derecho —a la vida, la libertad, etc.—, y, sin embargo, ni la pena de muerte, ni las penas privativas de libertad, ni la multa, se incluyen bajo aquella designación de «penas privativas de derechos». Lo viene a reconocer correctamente ahora el art. 32 CP, cuando declara que las penas que se pueden imponer con arreglo al CP son «privativas de libertad, *privativas de otros derechos* y multa». No obstante, la Sección 3ª del mismo Capítulo desarrolla el contenido de dichas penas manteniendo la terminología tradicional (ver, así, la rúbrica de esta Sección: «De las penas privativas de derechos»; y el encabezamiento del art. 39: «Son penas privativas de derechos...»). La titularidad o el ejercicio de un **cargo público**, o el derecho a ser elegido para cargos públicos, el derecho a desempeñar **otra actividad laboral** determinada,

los derechos de **patria potestad, tutela, guarda o curatela**, el derecho a la tenencia de animales,[1] el derecho a **conducir vehículos a motor y ciclomotores**, el derecho a la **tenencia y porte de armas**, el derecho a residir en **determinados lugares** o acudir a ellos, son derechos de los que privan, durante un determinado tiempo, las penas contempladas. Las penas que privan de la titularidad de un cargo público, del derecho a ser elegido para el mismo, del ejercicio de otra actividad laboral determinada o de la patria potestad, tutela, guarda o curatela, reciben el nombre de **«inhabilitaciones»**. En cuanto al cargo público, si no se priva de su titularidad, sino sólo de su ejercicio, se habla de **«suspensión de empleo o cargo público»**. Las penas que consistan en la privación de los demás derechos que hemos mencionado tienen simplemente el nombre que describe dicha privación (así, por ejemplo, la pena de «privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores»).

2 También se incluyen en el CP actual entre las «penas privativas de derechos» «los **trabajos en beneficio de la comunidad**». ¿Cuál es el derecho del cual se priva cuando se impone esta pena? La respuesta a esta pregunta exige el conocimiento de los presupuestos y contenido de esta nueva pena, que estudiaremos más abajo.

3 Por último, el CP actual ha añadido entre las penas de inhabilitación especial las de **inhabilitación para «cualquier otro derecho»** (art. 39, b).

4 B) Las penas privativas de derechos se prevén en el CP a veces como **penas principales** y otras como **accesorias**. Recuérdese que se prevén como accesorias las penas que, como dice el art. 54 CP, «no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo».

5 El Código conoce varias modalidades de **penas de inhabilitación.** La inhabilitación puede ser **«absoluta»** o **«especial»**. La pena de inhabilitación absoluta priva tanto de *todo* honor, empleo o cargo público, como del derecho de sufragio pasivo. La inhabilitación especial afecta, según los casos, a un empleo o cargo público determinado, al derecho de sufragio pasivo, al ejercicio de una determinada actividad laboral o cualquier otro derecho que se especifique, o al ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

6 «La pena de **inhabilitación absoluta** produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.» (art. 41). Cuando se imponga como pena principal, la Ley fijará en cada caso su duración, entre seis y veinte años (art. 40).

---

1. Cuya eventual privación ha sido incorporada por la reforman operada por la LO 1/2015.

7 Aunque la privación de honores, empleos y cargos es «**definitiva**», no sólo durante el tiempo de la condena,[2] el cargo puede **volver a adquirirse con posterioridad** al transcurso del tiempo de la condena, pues tanto la incapacidad para obtenerlos como la de ser elegido se impone solamente «durante el tiempo de la condena». Después de este tiempo los Órganos de Gobierno de la Administración pueden «conceder la **rehabilitación** al funcionario», a petición de éste y «atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido» (art. 37 de la Ley de Funcionarios Civiles del estado, modificado por el art. 105, 4 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre). Entre los «honores» no cabe incluir los títulos académicos, cuya finalidad no es básicamente honorífica, sino acreditar unos conocimientos que no pueden desaparecer por la comisión de un delito.[3] Antes de 1995 se discutía si la sentencia debía determinar en el fallo los honores, empleos y cargos públicos de que se privara.[4] Ahora parece preferible considerar que no es preciso, no sólo porque la propia pena alcanza siempre a todo honor, empleo o cargo público, sino también por el argumento de que la Ley no lo exige mientras que ahora sí lo hace respecto a las inhabilitaciones especiales (arts. 42 y 45).

8 «La pena de **inhabilitación especial para empleo o cargo público** produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación» (art. 42). Si se impone como pena principal, su duración será la que determine la Ley para el delito a que se señale, entre un mínimo de tres meses y un máximo de veinte años (art. 40).

9 El carácter *definitivo* de la privación distingue a esta pena de la de **suspensión de empleo o cargo público**, que sólo «priva de su *ejercicio* al penado durante el tiempo de la condena» (art. 43), tiempo que, por otra parte, no puede ser superior a seis años —el límite mínimo de la suspensión, de tres meses, coincide en cambio con el de la inhabilitación especial (art. 40, 1 CP).

10 Según el art. 50, 2º Ley Funcionarios civiles del Estado, la suspensión determina también la pérdida del puesto de trabajo y no sólo de su ejercicio. Pero, siendo posterior el CP 1995,[5] la discrepancia deberá resolverse a favor de éste, que deroga aquel precepto administrativo anterior (Disposición derogatoria única, 2).

11 Como en la inhabilitación absoluta, la «privación definitiva» que supone la inhabilitación especial para empleo o cargo público no impide que éste pueda volver a obtenerse después de transcurrido el tiempo de la condena.

---

2. Cfr. Córdoba, Comentarios, II, p. 162; Cobo/Vives, PG, 50 ed., p. 837; Manzanares, ADPCP 1975, pp. 188 ss., y sobre la necesidad de concretar también en su caso la inhabilitación para el derecho de sufragio, p. 192.

3. Cfr. Córdoba, Comentarios, II, p. 167; Landrove, Consecuencias, pp. 87 s.; Manzanares, ADPCP 1975, p. 179.

4. En sentido afirmativo, Córdoba, Comentarios, II, p. 169; en sentido negativo Manzanares, ADPCP 1975, pp. 182 s.

5. Cfr. Mir Puig, RJCat. nº extra 1980, p. 25, nota 5; Córdoba, Comentarios, II, pp. 174 s. La Ley de 2 agosto 84 sobre medidas para la reforma de la función pública dejó en pie la vigencia del art. 50 de la Ley de Funcionarios, pero el CP 1995 es posterior.

«La **inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo** privará al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos.» (artículo 44 CP). **12**

«La **inhabilitación para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho**, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, privará al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.» (art. 45). **13**

Sólo se incluyen entre las profesiones de cuyo ejercicio puede privar esta pena aquéllas que requieren una habilitación o permiso oficial.[6] **14**

Es nueva y de gran importancia la posibilidad de inhabilitar «para **cualquier otro derecho**». Pero esta posibilidad debería haberse previsto como una pena independiente, como última de las demás privaciones de derechos específicamente enumeradas en el art. 39, pues también son privaciones de *otros* derechos distintos al ejercicio de una actividad laboral la privación del derecho a conducir y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. **15**

También la **duración** de estas inhabilitaciones, cuando sean penas principales, se señalará por la Ley entre un mínimo de tres meses y un máximo de veinte años (art. 40). **16**

Dispone el **art. 46 CP** que "[l]a inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. **La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado.** El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores **o incapaces** que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluidas la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas".[7] **17**

3. «La imposición de la pena de **privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores** inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.» (art. 47) Pero esto último no significa que el Juez o Tribunal pueda imponer esta pena sin estar sujeto a límite **18**

6. Cfr. en este sentido Córdoba, Comentarios, II, p. 179.

7. En negrita las dos adiciones realizadas al precepto, ninguna de las cuales se encontraba en el Proyecto.

temporal alguno, sino que la sentencia fijará la pena dentro del marco penal señalado por la Ley al delito de que se trate, que a su vez deberá moverse dentro de un mínimo de tres meses y un máximo de diez años (art. 40).

19 El CP anterior 1944-73 hablaba de «privación *del permiso* de conducir» Se discutía si la pena era aplicable al que careciera de dicho carnet por no haberlo obtenido.[8] El TS entendía que la pena examinada debía entenderse como prohibición de obtener el permiso de conducir en caso de que el mismo no se poseyera.[9] Por otra parte, en el art. 516 bis, último párrafo, se mencionaba expresamente la prohibición de obtener el permiso durante el plazo de la condena, para el caso de que se careciera del mismo. La nueva denominación de la pena en el actual CP 1995 («privación *del derecho a conducir*») resuelve la cuestión alcanzando tanto al que tenga permiso de conducción como al que no lo tenga: en todo caso priva del derecho a conducir. En cambio, deja sin respuesta la cuestión de si impide la obtención formal del carnet de conducir, cuestión en realidad administrativa.

20 El CP 1995 introdujo la pena de **privación del derecho a la tenencia y porte de armas**, que «inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia» (art. 47 CP). Vale aquí lo dicho respecto a la duración mínima y máxima con que la Ley puede señalar la pena de privación del derecho a conducir, pues estos límites (de tres meses a diez años) son comunes a ambas penas (art. 40).

21 Tras su incorporación al CP por la LO 15/2003, la reciente LO 1/2015 ha configurado la **privación del derecho a residir en determinados lugares, a aproximarse o a comunicarse con la víctima y otras personas** del modo siguiente: «1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.— 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.— 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal,

8. Así, Casabó, Comentarios, II, pp. 32 ss.; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 838, nota 39; Landrove, Consecuencias, p. 91.

9. Cfr. en este sentido Conde-Pumpido, RDC 1967, p. 251.

impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.— 4. El Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.» (art. 48).

Según el art. 40, 3: « La pena de privación del derecho a residir en determi- **22**
nados lugares o acudir a ellos tendrá una duración de hasta diez años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a diez años» (art. 48 CP).

4. Mención especial merece la pena de **trabajos en beneficio de la comuni-** **23**
dad. Se introdujo en 1995, como en otros países europeos, y a partir del ejemplo del *community service* británico, como un sustitutivo que el Juez puede *ofrecer* al sujeto, de penas privativas de libertad. La LO 15/2003 aumentó su uso. En su exposición de motivos se afirmaba: ‹‹Se potencia y mejora sustantivamente la eficacia de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no sólo por su aplicación a un mayor número de delitos y faltas, sino también por la incorporación al Código penal del régimen jurídico de su incumplimiento››[10].

Tras la LO 5/2010, su contenido ha quedado regulado en el art. 49 del modo **24**
que sigue: «Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado[11], le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, **así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares**[12]**.** Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes.

»1ª. La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, **25**
a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

»2ª. No atentará a la dignidad del penado. **26**

---

10. Para el resto de la regulación del cumplimiento de esta pena de trabajo en beneficio de la comunidad ver el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril (BOE 17 mayo 1996).

11. Este carácter voluntario se prevé sin excepciones, por lo que debe respetarse también aunque el trabajo en beneficio de la comunidad se prevea como pena principal. Por ello, no puede preverse como única pena del delito, sino como opción alternativa junto a otra pena, como multa o localización permanente.

12. El inciso destacado en negrita ha sido introducido por la LO 5/2010. Sobre esta novedad vid. Torres Rosell, "La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad", en Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 95 ss.

27 »3ª. El trabajo en beneficio de la Comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

28 »4ª. Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

29 »5ª. No se supeditará al logro de intereses económicos.

30 »6.ª Los Servicios Sociales Penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado: a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.— b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.— c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.— d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.— Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.— En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

31 »7.ª Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.

32 5. Algunas de las penas privativas de derechos que hemos expuesto, aparte de preverse como penas principales de determinados delitos, **se prevén como accesorias** de otras penas principales. Veamos cuándo sucede esto último.

33 Las penas de inhabilitación y suspensión se prevén como accesorias de las penas de prisión. Según el art. 55 CP, la inhabilitación absoluta será pena accesoria de las penas de prisión de diez o más años *durante el tiempo de la condena*. El art. 56, 1 CP establece: «En las penas de prisión inferiores a diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1º Suspensión de empleo o cargo público[13].— 2º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.—3º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código». El apartado 2 del mismo

13. Existe en este punto una falta de coordinación entre el art. 54 y el 56 CP. El art. 54 CP sólo dice que son accesorias, en los casos que indica, «las penas de inhabilitación», sin mencionar la suspensión de empleo o cargo público. Esta última pena se prevé, no obstante, como accesoria por el art. 56, por lo que debería haberse incluido en la fórmula general del art. 54.

art. 56 añade: «Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas».

34 Dentro del apartado destinado a las penas accesorias, el CP también incluye la posibilidad de imponer las prohibiciones incluidas en el art. 48. Sin embargo, éstas se fijan con duraciones distintas, y en general independientes, de las de las penas señaladas a los delitos para los que se prevén. Es dudoso, pues, que en su mayoría constituyan verdaderas penas accesorias. El art. 57, 1 declara: «Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.— No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el Juez o Tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.»

35 El apartado 2 del mismo art. 57 dice: «En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado primero de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de espacial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados, se acordará en todo caso la aplicación de la pena prevista en el apartado segundo del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior».

36 El apartado 3 del art. 57 cierra este artículo diciendo: «También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de

tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves.»

37 El único supuesto en que puede hablarse de cierta accesoriedad o dependencia de la duración de estas prohibiciones respecto a la duración de las penas señaladas en la Parte Especial a los delitos aquí mencionados es en el del art. 57, 1, segundo párrafo, en que las prohibiciones se imponen «por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave». Sólo en este caso puede hablarse en puridad de una pena accesoria, y ello aun como forma *sui generis*, que se aparta de la regla general de coincidencia de duración de las penas accesorias y las principales proclamada por el art. 36, 6 CP, para constituir una de las excepciones que este mismo precepto ha venido a autorizar desde su nueva redacción por la LO 15/2003. En los demás casos, en que se señala a las prohibiciones una duración independiente, sería preferible renunciar a considerarlas penas accesorias, puesto que en realidad son penas principales cuya única peculiaridad es que se señalan en la Parte General.

38 Es discutible la inclusión de esta pena entre las privativas de derechos, puesto que es dudoso que prive de algún derecho. Téngase en cuenta que se ofrece como alternativa que requiere la aceptación voluntaria del sujeto.

II. La pena de multa

39 1. A) La multa es la pena más frecuentemente utilizada por el Código después de las privativas de libertad. Siguiendo el ejemplo de otras legislaciones recientes, como la alemana, la austríaca, la italiana y la francesa,[14] el Derecho penal español ha querido conceder a la pena de multa un papel mucho más importante que el que le correspondía anteriormente. En los Códigos anteriores al de 1944 apenas se acudía a esta pena. En el CP 1944 se acudió con mayor frecuencia a la multa, pero no como sustitutivo de la prisión, sino normalmente para matizar la gravedad de determinadas penas privativas de libertad, junto a las cuales solía señalarse.[15] El CP actual extiende mucho más el uso de la pena de multa y lo hace con el objetivo de intentar una alternativa a las penas privativas de libertad en los delitos poco graves. El cambio de criterio expresa, en parte, la **evolución de la Política penal actual**, que tiende a ver en la pena de

14. Cfr. Jescheck, Alternativas, pp. 31 s.
15. Cfr. Antón Oneca, PG., p. 539.

multa *el gran sustitutivo de la privación de libertad*, de la misma forma que ésta vino a sustituir a la pena de muerte y a las penas corporales.[16]

40 La **ventaja** principal de la pena de multa es que, pese a poder afectar en forma sensible al patrimonio y a las posibilidades de actuación que el mismo supone, no menoscaba ningún bien personalísimo como la libertad, no arranca al sujeto de su entorno familiar y social, ni le priva de su trabajo. Frente a la prisión se presenta como una pena más humana y menos desocializante. Por otra parte, en lugar de suponer un costo económico para la colectividad, le proporciona ingresos con los que *cabría* atender mejor a las víctimas del delito y a las necesidades de la Justicia penal y de las instituciones penitenciarias.[17]

41 Mas no faltan tampoco **inconvenientes** que limitan la generalización de la pena de multa. Los más relevantes son la *desigualdad* de trato que supone para el rico y para el pobre, y la imposibilidad de hacerla efectiva cuando el reo es *insolvente*. La desigualdad puede intentarse paliar concediendo al Juez la posibilidad de graduar la cuantía de la multa según las posibilidades económicas del condenado, pero es difícil que ello no encuentre determinados límites. Por otra parte, la multa se satisface en ocasiones por familiares o terceros, lo que pugna en cierto modo con el carácter personal de la pena[18] —aunque también es cierto que las penas privativas de libertad despliegan igualmente efectos perjudiciales en la familia del reo.

42 Los inconvenientes de la multa dependen del sistema económico general: de sus desigualdades y de las insuficiencias económicas de los individuos. En países de economía poco desarrollada y con una delincuencia centrada en las clases económicamente débiles la multa tropezará de continuo con la insolvencia del reo. En cambio, las posibilidades de utilización de la multa aumentan cuando el nivel económico general se eleva. Ello explica la evolución favorable a la multa en los países avanzados.[19]

43 B) Existen diversos **sistemas de regulación jurídica** de la pena de multa, nacidos algunos con objeto de paliar los inconvenientes de dicha pena. Pueden agruparse en torno a dos distintos criterios básicos: la fijación de una **suma global** de dinero o, por el contrario, la determinación de un cierto número de

16. Cfr. Jescheck, Rasgos, pp. 17 ss.; el mismo, Alternativas, pp. 28 ss. («la alternativa más importante a la pena privativa de libertad es la pena de multa»); Quintero, CPC n.º 2 (1977), p. 139. La importancia cuantitativa de las multas impuestas es hoy, a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX, muy superior al de las penas privativas de libertad: cfr. Beristain, Cuestiones, p. 456, que en la misma línea recoge datos también significativos de otros países; Jescheck, Strafrechtsreform, p. 23.

17. Cfr. Beristain, Cuestiones, p. 455; Cobo/Vives, PG (1984) p. 708; Roxin, Desarrollo, pp. 95 s.27. Así, Córdoba, Comentarios, II, p. 171. En contra, Manzanero, ADPCP 1975, p. 184.

18. Cfr. Beristain, Cuestiones, pp. 455 ss.; Cobo/Vives, PG (1984), p. 708; Jescheck, Tratado, p. 1076; Roxin, Desarrollo, p. 96.

19. Cfr. en esta línea sobre los inicios de la evolución desde principios del siglo XX, Rusche/Kircheheimer, Pena, pp. 201 ss. Cfr. también, sobre la situación actual, Jescheck, Tratado, p. 1075 s.

cuotas periódicas (diarias, semanales, mensuales). El primer criterio era el tradicional en el Derecho español. El segundo ha dado lugar al sistema de los **«días-multa»**, de origen escandinavo, que se ha ido extendiendo a otras legislaciones actuales —como la alemana, la austríaca, la francesa[20]— y se ha acogido, como punto de partida de la regulación vigente, por el CP 1995.[21] Según el art. 50, 2, «La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa».

44 En este sistema se distinguen **dos aspectos**. Por una parte, la determinación de un cierto *número de cuotas* diarias, semanales o mensuales; por otra, la fijación de la *cuantía de cada cuota*. El primer aspecto depende de la *gravedad* del hecho, mientras que el segundo atiende solamente a las *posibilidades económicas* del reo. La separación nítida de ambos aspectos —confundidos en el sistema tradicional de multa global— constituye una primera ventaja de la nueva fórmula. Para el cómputo de la responsabilidad subsidiaria en caso de impago puede atenderse únicamente a la gravedad del hecho, pues la duración de dicha responsabilidad subsidiaria sólo se condiciona a la duración de la multa. También cabe decidir mejor por esta vía el cómputo de plazos de prescripción o una posible condena condicional en base a la gravedad del hecho. Otra ventaja que suele verse en el sistema de días-multa es que permite adecuar mejor la cuantía de las cuotas a las posibilidades del condenado.[22] Ello resulta especialmente válido en la modalidad acogida por el Proyecto 1980 y el Anteproyecto 1983, en que el pago se preveía que tuviera lugar cada día, semana o mes en que consistieran la cuotas. Esta modalidad, denominada de «multa temporal», fue propuesta por el Proyecto Alternativo alemán.[23] Hace que el sujeto sienta la pena de multa durante el tiempo de la condena.

45 El **primer momento** en la determinación de la multa es, pues, la fijación de una ***duración*** a la misma, consistente en un cierto número de *días, semanas o meses de multa*, esto es, de un cierto número de cuotas diarias, semanales o mensuales. Ello debe partir de la duración señalada al delito por la Ley. Así, por ejemplo, el delito de injurias graves hechas con publicidad se castiga con la pena de «multa de seis a catorce meses» (art. 209). Según el art. 50, 3, la extensión mínima con que se puede señalar la multa es de diez días y la máxima, de dos

---

20. Jescheck, Alternativas, pp. 30 ss.

21. De acuerdo con la doctrina española, que se manifestó a favor en las III Jornadas de Catedráticos y Agregados de D.º penal (1975). Cfr. en especial Beristain, Cuestiones, pp. 457 y 467. En principio de acuerdo, pero con reservas hacia la modalidad de «multa temporal» acogida, Manzanares, ADPCP 1985, p. 17.

22. Según Jescheck, DP, p. 473 y Rasgos, p. 18, tras la entrada en vigor en Alemania del nuevo sistema sólo un 3% de las multas quedaron sin pagar.

23. Cfr. Beristain, Cuestiones, pp. 460 ss. Esta modalidad no fue acogida en el CP alemán de 1975 por su mayor complejidad burocrática. Cfr. Manzanares, ADPCP, 1980, pp. 185 ss.

años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.[24]

A continuación, «los Jueces o tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II de este Título» (art. 50, 5, primer inciso). **46**

El **segundo paso** que debe darse para determinar la cuantía de la multa es el señalamiento de una **cuantía económica** a cada una de las cuotas diarias, semanales o mensuales impuestas. Ello queda en manos del juzgador, que fijará las cuotas «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». «La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros».[25] A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.» (art. 50, 4) Por ejemplo, si la multa se impone con diez días de duración y la cuantía de la cuota diaria se fija en sesenta euros, la multa importará en total seiscientos euros. **47**

En cuanto al **tiempo y forma del pago** de las cuotas, no se vincula, a diferencia de lo que ocurría en textos prelegislativos anteriores, al vencimiento de cada una de las unidades temporales fijadas (días, semanas, meses). Sin embargo, el art. 50, 6 CP dispone ahora que «el Tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes». Se ha optado por una amplia flexibilidad, sin duda pensando en facilitar el cumplimiento de la pena. En este sentido, se llega a establecer que, «si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas como los plazos para su pago» (art. 51 CP). **48**

Este es el sistema de que parte el vigente CP 1995. Pero éste no renuncia a utilizar en algunos casos el sistema de señalamiento de una **suma global**, determinada en forma de **multa proporcional**. Dice el art. 52: «1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.— 2. En estos casos, los Jueces y Tribunales impondrán **49**

24. Novedad introducida por la LO 5/2010.
25. Novedad introducida por la LO 5/2010.

la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable».— 3. Si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la Ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen».

50 2. La LO 5/2010 introducen en materia de multa a personas jurídicas las reglas previstas en los **arts. 52, 4 y 53, 5 CP**. Dispone el primero de estos preceptos: «En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos». Por su parte, el art. 53, 5 establece que «[p]odrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma».

51 3. Como hemos visto, el Código trata de adecuar la cuantía de la multa a las posibilidades económicas del reo. Pero ¿qué ocurre si, pese a todo, la multa no se paga? La respuesta tradicional era la imposición de un *arresto sustitutorio*. El actual CP prevé también una **«responsabilidad personal subsidiaria»**, consistente en privación de libertad, pero permite que la misma se cumpla en forma de **trabajos en beneficio de la comunidad** o, en los delitos leves, mediante localización permanente. Ha de verse en ello la voluntad de evitar la prisión en cuanto sea indicado y, así mismo, una forma de atender a la recomendación del Tribunal Constitucional de ofrecer alternativas menos gravosas para el condenado que disminuyan la desigualdad de tratamiento de la persona que carece de recursos económicos en comparación con la que puede pagar la multa.[26]

26. Cfr. STC 16 febr. 88. Cfr. Rodríguez Ramos, La Ley 13 sept. 1988, pp. 1 ss.; Roldán, ADPCP 1989, pp. 839 ss.

52 La existencia de la responsabilidad personal subsidiaria pone de manifiesto las insuficiencias político-criminales de la pena de multa. A través de aquella vuelve a surgir la privación de libertad que querría hoy evitarse acudiendo a la pena de multa. Por otra parte, esta privación de libertad tiene lugar a causa de la insolvencia del reo, lo que subraya la *desigualdad social* de los efectos de la pena de multa, que ha abierto un debate sobre su **posible inconstitucionalidad**.[27]

53 El art. 53, 1 CP se ocupa de los casos de impago de la multa impuesta con arreglo a los **«días-multa»**. Este sistema automatiza el cálculo de la responsabilidad subsidiaria. «Si el condenado no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37.— También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo».

54 El nº 2 del mismo art. 53 se refiere a los casos de **multa proporcional.** En estos supuestos, «los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad».

55 En cualquier caso, no se impondrá ninguna clase de responsabilidad subsidiaria a los condenados, además de a la multa, a pena privativa de libertad superior a cinco años (art. 53, 3).

56 Se suscita la duda de si por «pena privativa de libertad superior a cinco años» hay que entender una sola pena impuesta, o incluye también el caso de que varias penas sumen en total más de cuatro años de privación de libertad. Aunque el TS se ha inclinado constantemente por la primera solución (así STS 16 jul. 92), la doctrina mantiene la segunda, lo que resulta acertado tras el abandono por el Código penal de 1944 del criterio contrario anteriormente establecido en el Código penal de 1932.[28]

---

27. Cfr. Quintero, CPC nº 2 (1977), pp. 113, 138 ss.; Boix Reig, CPC nº 3 (1977), pp. 40 s.; Landrove, Consecuencias, p. 101. En 1979 (sent. de 21 nov. de la Corte Constitucional) se declaró en Italia inconstitucional el arresto sustitutorio previsto en el art. 136 CP. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha considerado constitucional la responsabilidad personal subsidiaria: STC 16 febr. 88, que no obstante, recomienda otras formas de responsabilidad subsidiarias menos rigurosas, como el arresto domiciliario. A favor de esta y otras alternativas, como el trabajo de utilidad común, Roldán, ADPCP 1989, pp. 861 ss. Jareño, La pena, también defiende alternativas como éstas (pp. 277 ss.), pero porque considera que el arresto sustitutorio es inconstitucional por oponerse al principio de igualdad (art. 14 Const.) en cuanto encierra mayor gravedad que la multa (pp. 226 s.).

28. Cfr. Boix Reig, CPC, n.º 3 (1977), pp. 38 ss.; Del Toro, Comentarios II, pp. 476 s.; Quintero, CPC n.º 2 (1977), p. 136; Cobo/Vives, PG (1984), p. 729. En contra de lege lata, aunque a favor de lege ferenda, Beristain, RGLJ 1976, p. 356.

57 «El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna» (art. 53, 4).

58 Antes de 1995 debatía la doctrina la cuestión de si la responsabilidad personal subsidiaria era o no una verdadera «pena». En contra se alegaba su no inclusión en el catálogo de penas imponibles del art. 27 del anterior CP,[29] así como el hecho de que no es tanto la consecuencia directa de un delito como de la incapacidad económica para satisfacer la multa.[30] En favor, en cambio, de la consideración de «pena» se aducía que su contenido material es el de tal, puesto que puede tener una duración y efectos iguales a los de determinadas penas privativas de libertad, aparte de algún otro argumento sistemático y literal. No considerar pena al arresto sustitutorio haría, por otra parte, inaplicable el abono de prisión preventiva en su caso cumplida y la limitación de la acumulación de penas establecida para el caso de concurso real de delitos.[31] El actual CP ha resuelto el problema en el sentido afirmativo del carácter de pena al mencionar la responsabilidad personal subsidiaria entre las penas privativas de libertad (art. 35).

59 Antes de la Reforma de 1983 era también polémica la cuestión de si el reo podía *elegir* entre pagar la multa o someterse al arresto sustitutorio, pues el art. 91 no condicionaba éste expresamente a la insolvencia del sujeto, sino sólo a que éste «no satisficiere la multa».[32] Como ya después de 1983, el actual art. 53 descarta esta posibilidad al exigir como presupuesto de la responsabilidad subsidiaria que el condenado no satisfaga la multa «voluntariamente *o por vía de apremio*». Ello obliga a acudir previamente a la vía de apremio.[33]

---

29. Cfr. Del Toro, Comentarios, II, p. 471. También STS 25 mayo 1985, que extrae la consecuencia de que el Tribunal debe determinar su aplicación en la sentencia, aunque ninguna de las partes lo hubiere solicitado en sus escritos de conclusiones, sin necesidad de acudir al art. 733 LECR. Igualmente STC 19/1988, de 16 febr.

30. Cfr. Quintero, CPC n.º 2 (1977), p. 121.

31. Cfr. Boix Reig, CPC n.º 3 (1977), pp. 31 ss.; Beristain, RGLJ 1976, p. 355; Manzanares, Pena de multa, p. 321(pero en contra *el mismo*, Apuntes, pp. 52 s.); Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 835 s.; Jareño, La pena, pp. 38 ss.

32. En sentido afirmativo *de lege lata*, aunque en contra *de lege ferenda*: Ferrer Sama, Comentarios, pp. 336 s.; Rodríguez Devesa, PG, p. 914. En contra Quintero, CPC n.º 2 (1977), p. 124; Boix Reig, CPC n.º 3 (1977), pp. 35 ss. Una posición en cierto modo intermedia sostenía Del Toro, Comentarios II, pp. 472 s.

33. Cfr. Quintero/Muñoz Conde, La reforma penal, pp. 109 s.; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 841.

Lección 31.
DETERMINACIÓN DE LA PENA

Bibliografía

Álvarez García, La determinación legislativa de la pena privativa de libertad, RPJ (56) 1999, pp. 35 ss.; *Andenaes*, La prevenzione generale nella fase della minacia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena, en A.A.V.V., Teoría e prassi della prevenzione generale dei reati, 1980; *Asúa Batarrita*, Pena indeterminada, NEJ, t. XIX, 1989, pp. 420 ss.; *Bacigalupo*, La individualización de la pena en la Reforma penal, RFDUC monog. 3 (1980), pp. 55 ss.; *el mismo*, Principio de culpabilidad e individualización de la pena, LH Torío López, 1999, pp. 33 ss.; *Bello Landrove*, Determinación de la pena, CDJ 1996, pp. 351 ss.; *Beristain*, La multa en el Dº penal español, RGLJ, 1976, pp. 325 ss.; *Besio Hernández*, Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena, 2011; *el mismo*, Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes, en InDret 1/2012; *Boix Reig*, Reglas de determinación de la pena, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 431 ss.; *Boldova*, La reducción obligatoria de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta, RDPCr (1) 1998, pp. 245 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2ª ed., 1974; *el mismo*, «Stellenwerttheorie» oder «doppelspurige Strafhöhenbemessung», en Festschrift f. Dreher, 1977, pp. 251 ss.; *Castelló*, Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos, 2007; *Choclán*, Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y prevención en la determinación de la sanción penal, 1997; *Córdoba Roda*, Culpabilidad y pena, 1977; *Cross*, The english sentencing system, 1971; *Demetrio Crespo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 1999; *el mismo*, Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal Español de 1995, ADPCP 1997, pp. 323 ss.; *Dolcini*, La commisurazione della pena, 1979; *el mismo*, La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma, RitDP 1981, pp. 34 ss.; *Felip i Saborit*, La incompatibilidad del art. 61 CP con las penalidades compuestas de penas correlativas facultativas, ADPCP 1990, pp. 999 ss.; *García Arán*, Criterios de determinación de la pena en el Dº penal español, 1982; *la misma*, La prevención general en la determinación de la pena, ADPCP 1981, pp. 511 ss.; *Gómez Benítez*, Racionalidad e irracionalidad en la determinación de la pena, RFDUC monog. 3 (1980), pp. 129 ss.; *Gómez Pavón*, Sobre la degradación y graduación de la pena de privación del permiso de conducir, en La Ley, 28 oct. 1986, pp. 1 ss.; *González Cussac*, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 1988; *Haag*, Rationale Strafzumessung, 1970; *Gracia Martín/Boldova/Alastuey*, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español, 1996; *Hassemer*, Prevenzione generale e commisurazione della pena en A.A.V.V., Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati, 1980; *el mismo*, Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, ZStW 90 (1978), pp. 64 ss.; *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; *Henkel*, Die «richtige» Strafe, 1965; *von Hirsch*, Gegenwärtige Tendenzen in der amerikanischen Strafzumessungslehre, ZStW 94 (1982), pp. 1051 ss.; *Horn*, Wieder die «doppelspurige» Strafhöhenbemessung, en Festschrift f. Schaffstein, 1975, pp. 241 ss.; *el mismo*, Zum Stellenwert der Stellenwerttheorie, en Festschrift f. J. Bruns, 1978, pp. 165 ss.; *Jescheck*, Rasgos del movimiento internacional de reforma del Dº penal, en Mir Puig (ed.), La Reforma del Dº penal, 1980, pp. 9 ss.; *Jiménez de Asúa*, La sentencia indeterminada, 1983; *Jorge Barreiro*, La motivación en la individualización

judicial de la pena, en A.A.V.V., Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, CGPJ, 1999, pp. 43 ss.; *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzummessung, 1983; *Luzón Peña*, Medición de la pena y sustitutivos penales, 1979; *el mismo*, La aplicación y sustitución de la pena en el futuro, CP, RFDUC monog. 6 (1983), pp. 413 ss.; *Llorca Ortega*, Manual de determinación de la pena, 1986; *Martínez Rodríguez*, La determinación de las penas en el Código Penal, 2013; *De la Mata*, El proceso de determinación de la pena en el CP español vigente: síntesis de la nueva normativa, 2006; *Matallín*, El art. 66 del nuevo CP: arbitrio judicial e individualización de la pena, en A.A.V.V., Estudios jurídicos en memoria del Pro. J. R. Casabó, 1997; *Middendorff*, Internationales Kolloquium über Strafzumessung, ZStW 80 (1968), pp. 1030 ss.; *Militello*, Prevenzione generale e commisurazione della pena, 1982; *Molina Blázquez*, La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito, 2ª ed., 1998; *Padilla*, Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena, ADPCP (fasc II) 1995, pp. 503 ss.; *Paligaro*, Commisurazione della pena e prevenzione generale, RithDP, 1981, pp. 25 ss.; *Quintero*, Determinación de la pena y política criminal, CPC nº 4 (1978), pp. 52 ss.; *Ramos*, El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena, CPC (69) 1999, pp. 613 ss.; *Roxin*, Prevención y determinación de la pena, trad. Muñoz Conde, CPC, nº 9 (1979), pp. 55 ss.; *el mismo*, Problemas básicos de Derecho penal, trad. y notas Luzón Peña, 1978, pp. 11 ss.; *el mismo*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, Festgabe f. Schultz, 1977, pp. 463 ss.; *Ruiz de Erenchun*, El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras la reforma del CP de 2003, 2ª ed., 2005; *Salazar Marín*, La determinación judicial de la pena, en Nuevo Foro Penal, nº 43 (1989), pp. 9 ss.; *Salinero*, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal, 2000; *Schünemann*, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, en Eser/Cornils (ed.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, pp. 209 ss.; *Serrano Maíllo*, Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena, 1995; *Schöch*, Grundlagen und Wirkungen der Strafe, en Festschrift f. F. Schaffstein, 1975, pp. 255 ss.; *Silva*, La revisión en casación de la individualización judicial de la pena, PJ nº 6 (1987), pp. 137 ss.; *el mismo*, La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, en InDret 2/2007 *el mismo*, Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik, Festschrift für W. Hassemer, 2010; *Soto Nieto*, Determinación de la pena en supuestos de concurrencia de una eximente, La Ley 1999-5, pp. 1939 ss.; *Spendel*, Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre, ZStW 83 (1971), pp. 203 ss.; *Stratenwerth*, El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad, trad. Bacigalupo y Zugaldía, 1980; *Streng*, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984; *Vives Antón*, La determinación de la pena en la imprudencia punible, CPC nº 3 (1977), pp. 177 ss.; *Zipf*, Principios fundamentales de la determinación de la pena, trad. Mir Puig, CPC nº 17 (1982), pp. 353 ss.; *el mismo*, Die Strafmassrevision, 1969; *Zugaldía*, El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del TS, en Estudios de Jurisprudencia, nº 3 (1992), pp. 67 ss.

I. Planteamiento

1 Se entiende por «determinación de la pena» la fijación de la pena que corresponde al delito. Ello afecta tanto a la decisión de la *clase* de pena que ha de imponerse, como a la *cantidad* de la que se señale. En un sentido amplio se incluye también en la determinación de la pena la decisión acerca de la *suspensión* de la pena o su *sustitución* por otras penas o por medidas de seguridad.[1]

2 Existen distintos procedimientos posibles de determinación de la pena. Un **legalismo** extremo confiaría por completo a la ley la fijación de la pena de cada

1. Este sentido amplio suele aceptarse en la doctrina alemana: cfr. Jescheck, Tratado, p. 1189 (quien señala que en el lenguaje internacional especializado ha adquirido carta de naturaleza la expresión inglesa «sentencing» para referirse a la determinación judicial de las consecuencias del delito); Roxin, CPC nº 9 (1979), p. 57. En España, Luzón Peña, Aplicación, p. 413.

delito concreto. Un sistema de libre **arbitrio judicial** podría llegar, por el contrario, a ceder totalmente al juez dicha misión, no limitando legalmente ni la clase ni la medida de la pena a imponer. Las legislaciones actuales de nuestro ámbito de cultura no acogen ni uno ni otro extremo, sino que combinan, por distintas vías y en diferente medida, una cierta dosis de legalismo y un determinado margen de arbitrio judicial.

3 Aunque la función judicial de determinación de la pena ha acostumbrado siempre a partir de ciertos condicionamientos legales, en el **Antiguo Régimen** el arbitrio judicial era muy amplio. Los jueces podían no sólo aumentar y disminuir las penas señaladas por la ley, sino incluso imponer otras distintas.[2] La **filosofía penal liberal** quiso acabar con dichas facultades en nombre del principio de legalidad, en el que se vio tanto una garantía de igualdad como de sujeción del juez a la voluntad popular. El **Código penal francés de 1791** llevó a su extremo el nuevo planteamiento legalista y asignó a cada delito una pena absolutamente determinada, no susceptible de ser modificada por el juzgador. Mas ello impedía tener en cuenta las peculiaridades de cada caso concreto, lo que acababa vulnerando la misma exigencia de igualdad que se perseguía, puesto que la igualdad falta no sólo cuando se tratan desigualmente casos iguales, sino también si se tratan igual casos desiguales. Y así, el Código penal francés de 1810 cambió de criterio y confirió a los jueces un cierto arbitrio para que determinasen la pena dentro de **un límite máximo y un límite mínimo** legalmente previstos.

4 Éste fue el sistema de compromiso entre el legalismo y el arbitrio judicial que prosperó en las legislaciones posteriores: *la ley* fija un **marco penal**, con unos límites máximo y mínimo, dentro del cual corresponde *al juez* la determinación de la pena concreta.[3]

II. Determinación legal, determinación judicial y determinación penitenciaria de la pena

5 En el esquema descrito la determinación de la pena posee un momento legal y otro judicial. A ello debe añadirse la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad. De ahí que se haya generalizado la trilogía que propuso Saleilles cuando distinguió entre **«individualización legal»**, **«individualización judicial»** e **«individualización administrativa»** —mejor llamada también «penitenciaria», porque la ejecución de la pena ha de ser regulada legalmente y controlada judicialmente.[4] Mas el término «individualización» no incluye todos los aspectos de la «determinación» de la pena. La individualización apunta a la adaptación al caso concreto. Tal adaptación puede hallarse regulada, en parte, por la propia ley, y de

2. Cfr. Antón Oneca, PG, pp. 543 s., quien cita como ejemplo la Partida VII, tít. XXI, ley VIII.

3. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 544.

4. La obra de Saleilles, L'individualisation de la peine, se editó por primera vez en 1898. Existe traducción española de 1914. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 549; Landrove, Consecuencias, pp. 110 s.; Cuello Calón, PG, pp. 739 ss.

ahí nace el concepto de individualización legal; pero la determinación legal de la pena exige algo previo a dicha individualización: requiere la propia fijación del marco penal típico.[5]

6 La mayor o menor importancia relativa de cada una de las tres fases mencionadas es variable según las concepciones doctrinales y en las diferentes legislaciones. Cuando se ponga el acento en el legalismo se aumentará el peso de la determinación legal, mientras que ganarán terreno las fases de determinación judicial y penitenciaria cuando se insista en la necesidad de adaptar la pena al caso concreto. El compromiso entre legalismo y arbitrio judicial que se alcanzó en el siglo XIX partió de la determinación legal como límite fundamental de garantía. La *Scuola Positiva* italiana, el correccionalismo español, la dirección moderna de von Liszt, la Defensa Social de Gramatica y la Nueva Defensa Social de Ancel, así como las doctrinas penitenciarias anglosajonas, han luchado por ampliar el ámbito de la determinación judicial y penitenciaria, como forma de atender a las necesidades de prevención especial vinculadas a la personalidad de cada delincuente. Unos llegaron a postular la llamada **«sentencia absolutamente indeterminada»,** a concretar por el juez o por las autoridades penitenciarias a la vista de los resultados del *tratamiento* del reo. Otros, los más, han abogado por la **«sentencia relativamente indeterminada»**, que fija sólo un límite máximo y a veces también un límite mínimo. Esta última vía se sigue desde hace tiempo en los Estados Unidos.[6] Sin embargo, la mayoría de países han mantenido una determinación legal y judicial de la pena más estricta. Y en el presente se advierte una **reacción contra el tratamiento indeterminado** del delincuente, incluso en aquellos países —como EE.UU. y Suecia— en que se llevó más lejos este programa preventivo-especial.[7]

7 Lo que preocupa en el tratamiento indeterminado es, ante todo, la *inseguridad jurídica* que implica para el condenado. La ley y la sentencia judicial han de fijar la clase y cuantía de la pena. Menos recelos despierta la concesión al juzgador, en delitos poco graves, de facultades de suspensión de la pena, de su sustitución por otra menos grave o por medidas menos lesivas, o incluso de prescindir de toda consecuencia jurídico-penal. Las reformas actuales suelen ir ampliando este ámbito de arbitrio judicial, que se caracteriza por permitir *únicamente decisiones más favorables* para el reo y no entrañan, por tanto, peligro para sus derechos. Las necesidades de prevención general se tienen en cuenta

---

5. Concede especial importancia al problema de la determinación del marco penal como punto de partida del proceso de determinación de la pena García Arán, Criterios, pp. 65 ss.

6. Cfr. Cuello Calón, PG, pp. 742 ss.; García Arán, Criterios, pp. 68 ss.; Antón Oneca, PG, pp. 551 s. Es clásica la obra de Jiménez de Asúa, Sentencia indeterminada citada en la bibliografía. Cfr. también Asúa Batarrita, Pena indeterminada, pp. 420 ss.

7. Cfr. supra, Lección 28.

restringiendo las mencionadas facultades judiciales a delitos poco graves.[8] En esta línea se sitúa el actual CP español.

III. Evolución de la determinación de la pena en el Derecho español

8 Los **Códigos penales españoles del siglo XIX** acogieron una versión particularmente *legalista* del modelo que inició el Código francés de 1810.[9] Partieron, como éste, de la determinación legal de un marco penal que debía concretarse en la fase de determinación judicial de la pena. Sin embargo, se caracterizaron por conceder un margen bien angosto al momento judicial. Aparte de que los marcos penales típicos no eran muy amplios, los mismos se dividieron en tres partes iguales, los llamados «*grado máximo*», «*grado medio*» y «*grado mínimo*» de cada penalidad. Se previó, por otra parte, un catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes de apreciación obligatoria y de *efectos legalmente tasados*. En el Código penal de 1948 si sólo concurrían agravantes era preceptiva la imposición del grado máximo de la pena, si sólo concurrían atenuante procedía en principio[10] la imposición del grado mínimo, y en caso de ausencia de unas y otras circunstancias correspondía acudir al grado medio. Sólo dentro del limitado margen de cada grado podía tener lugar en general la determinación de la pena.

9 El **Código anterior** siguió anclado en las mismas bases técnicas, pero en él se había ampliado en cierta medida el arbitrio judicial en la determinación de la pena. Ello fue el resultado de distintas modificaciones operadas durante el siglo XX. La introducción de la condena condicional por la Ley de 17 de marzo de 1908, y de la libertad condicional por la Ley de 25 de julio de 1914, fueron dos primeros e importantes hitos en el proceso de relajación del estricto legalismo decimonónico. La condena condicional vino a constituir un importante ensanchamiento del ámbito de la determinación judicial de la pena en sentido amplio, mientras que la libertad condicional amplió de forma significativa la importancia de la fase de determinación penitenciaria. Los Códigos de 1928, de 1932 y de 1944 prosiguieron sus reformas en la misma línea. En 1944 se suprimieron como regla las penas parcialmente impuestas, se concedió al Tribunal la facultad de recorrer la penalidad típica en toda su extensión en caso de no concurrir atenuantes ni agravantes, y en determinadas reformas de la Parte Especial se tendió a desvincular al Juez de las reglas tasadas generales. La Reforma de 1983 introdujo nuevas modificaciones que aumentaron el arbitrio judicial en favor del reo, pero la disminuyeron en aspectos en que podía perjudicarle.

10 El **CP 1995** ha ampliado el margen de arbitrio judicial al aumentar considerablemente las posibilidades de suspensión de la ejecución de la pena, de su sustitución por otras y de concesión de la libertad condicional. Sin embargo, los marcos penales correspondientes a los diferentes delitos acostumbran a ser más reducidos. Ello encuentra cierta compensación en el hecho de que se sustituye la división de los marcos penales en tres grados por la de su división en sólo dos partes: su mitad superior y su mitad inferior.

---

8. Cfr. esta tendencia en el movimiento internacional de reforma del Derecho penal en Jescheck, Rasgos, pp. 16 ss.

9. Cfr. García Arán, Criterios, pp. 26, 29 ss.

10. Salvo en el caso de la atenuante de minoría de edad y en el de que existieran varias atenuantes cualificadas, en cuyo caso habría que imponer una pena inferior a la señalada en el tipo.

IV. La determinación legal de la pena en el Código penal vigente

11 El Código parte, como es tradicional, de la determinación de un **marco penal** para cada uno de los delitos previstos en su Libro II. Tales marcos penales se prevén, en principio, para los hechos consumados cometidos por sus autores. La determinación del marco penal correspondiente a la tentativa y a la complicidad se efectúa mediante varias reglas contenidas en el Libro I. Una vez determinado el marco penal correspondiente hay que proceder a una simple operación: la fijación de la **extensión** (lo que en los Códigos anteriores se denominaba el *grado*) en que debe imponerse la pena, según las circunstancias modificativas que pueden o no concurrir. Existen, por último, reglas previstas para el delito continuado y para el concurso de delitos, que fueron ya expuestas, por razón de unidad de la materia, en la Lección correspondiente a estas instituciones (Lección 27). Todo ello constituye la estructura de la determinación *legal* de la pena. Sólo en el marco que ésta permite cabe hablar de determinación judicial de la pena.

1. *La determinación del marco penal*

12 A) a) La determinación del marco penal no suele plantear problema para los **autores** de un delito **consumado**. Basta, en principio, acudir a las penalidades señaladas en la Parte Especial. Así lo confirma el art. 61 CP: «Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada».

13 La expresión «marco penal» equivale a la de **«penalidad»**, y es preferible a la de «pena señalada por la ley» que suele manejar el Código penal. No ayuda a la claridad el uso de la palabra «pena» en dos sentidos diferentes que hace el Código. Conviene distinguir con nitidez las penas enumeradas en los art. 32 y ss. (donde, por ejemplo, la prisión y la multa son «penas» distintas), y las penalidades (o marcos penales) señaladas a cada delito (que fijan duraciones determinadas a las penas y pueden integrarse de varias penas, como sucede cuando un delito se castiga con la penalidad compuesta de prisión y multa).[11]

14 La determinación del marco penal o penalidad se efectúa generalmente indicándose expresamente la pena o penas impuestas y su duración. Sin embargo, en determinados subtipos cualificados o privilegiados la penalidad se fija remitiéndose a una pena «superior» o «inferior en grado» a la señalada al tipo básico. Por otra parte, si concurren ciertas circunstancias especiales, que luego examinaremos, la ley remite igualmente a penas inferiores a las previstas en la Parte Especial. Importa, pues, decidir qué es una **«pena superior en grado»** o una **«pena inferior en grado».**

11. En favor de distinguir «penalidad» y «pena». Antón Oneca, PG, pp. 555 s.

b) El art. 70 CP indica la **forma de obtener la pena inferior o superior en grado**: 15

«1. La pena superior o inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas: 16

»1ª. La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer. 17

»2ª. La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.» 18

Ejemplos: El art. 325 CP señala, entre otras, la pena de prisión de seis meses a cuatro años para el delito ecológico; el art. 326 impone en ciertos casos la pena superior en grado. Esta tendrá un mínimo de cuatro años (el máximo de la anterior) y un máximo de seis años (resultado de sumar a aquellos cuatro años su mitad). El art. 138 castiga el delito de homicidio con la pena de prisión de diez a quince años. La pena inferior en grado será la pena de prisión de cinco (la mitad del mínimo de aquella pena) a diez años (el mínimo de la pena del homicidio es el máximo de la pena inferior en grado). 19

Éste es el sistema anteriormente previsto sólo para la pena de multa, cuando se concebía en forma de suma global. Ahora el sistema se ha extendido a toda clase de penas. Respecto a la multa el art. 70, 2 CP añade que «a los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos». En el caso de la nueva pena de **prisión permanente revisable,** el nuevo art. 70, 4 dispone que «[l]a pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años.» 20

Pero ¿qué ocurre cuando la aplicación de estas reglas conduciría a un **límite máximo superior al permitido en general** por la ley para la clase de pena de que se trate (por ejemplo, a una pena de prisión de veinte a veinticinco años)? El nº 3 del art. 70 decide la cuestión declarando que en tal caso la pena inmediatamente superior será la misma pena con una cláusula que amplíe su límite máximo en los términos siguientes: 21

22 «1º. Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de *treinta años*.

23 »2º. Si fuera la de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de *treinta años*.

24 »3º. Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.

25 »4º. Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de quince años.

26 »5º. Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

27 »6º. Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

28 »7º. Tratándose de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

29 »8º. Tratándose de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

30 »9º. Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta meses.»

31 En el supuesto inverso, en que la aplicación de la regla general conduzca a una pena inferior en grado con un **límite mínimo inferior al previsto en general** para dicha pena, el art. 71 dispone que «[e]n la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente».

32 El nº 2 del mismo art. 71 prevé una excepción. Cuando la pena inferior en grado supondría una **pena de prisión inferior a tres meses**, «ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente».

33 El verbo «podrán» del art. 71, 1, no ha de entenderse en el sentido de que deje al arbitrio del Juez o Tribunal la decisión de si aplica o no la correspondiente reducción de la pena, porque ello no resultaría coherente con el carácter obligatorio que el nº 2 del mismo artículo atribuye a la sustitución de la pena inferior en grado cuando consistiría en prisión inferior a tres meses. «Podrán» significa aquí que el límite mínimo absoluto de cada pena no impedirá a los jueces imponer la pena por debajo del mismo.

Por otra parte, ahora parece claro que la Ley permite que la aplicación de la pena inferior en grado suponga la imposición de una pena *menos grave* a un delito *grave* o de una pena *menos grave* a un delito *menos grave* o una pena *leve* a un delito *leve*. **34**

Se decide así la cuestión, que antes dividía a doctrina y jurisprudencia, de si cabía, por esta vía, pasar de una multa grave a una multa leve. Un importante sector de la doctrina lo admitía, en base a consideraciones de justicia material, por entender que sería injusto que no cupiese rebajar la pena en grado, contra lo que disponen las reglas generales, en casos como los de complicidad, grados de imperfecta realización o circunstancias atenuantes especiales.[12] La jurisprudencia mantenía la posición contraria, apoyándose en los arts. 74 y 28, en relación con el art. 6 del anterior CP.[13] **35**

B) El Código parte de las reglas anteriores para determinar el marco penal de la **tentativa** y de la **complicidad**. A estas figuras se señalan penalidades inferiores, en mayor o menor medida, a las fijadas para los delitos consumados del autor.[14] A los autores de tentativa se castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito consumado, «en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado» (art. 62). **36**

Puesto que, según el art. 28, los **inductores** y **cooperadores necesarios** «serán considerados autores», a todos ellos corresponde la pena prevista para el autor del delito. A los **cómplices** corresponde, en cambio, la pena inferior en grado (art. 63). Pero como el hecho del autor puede haber quedado en tentativa, la pena inferior en grado se computará cuando así sea sobre la base de la señalada a la tentativa (arts. 63). Ello permite descensos de hasta tres grados. **37**

Como es lógico, dispone el art. 64 que las reglas mencionadas «no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley». Es lo que sucede, por ejemplo, en el art. 485, 2 CP respecto a la tentativa de homicidio del Rey. **38**

2. *La concreción legal del marco penal*

La determinación legal de la pena no se detiene en la fijación del marco penal, según las reglas referidas, sino que comprende, además, la concreción de dicho marco, señalando la **extensión** (antes se decía «grado») en la que debe imponerse. Ello presupone la técnica de división de la pena en partes. En los Códigos anteriores cada pena se dividía en tres partes iguales: el grado máximo, el grado medio y el grado mínimo. El Código actual distingue solamente dos partes: la **mitad superior** y la **mitad inferior** de la pena correspondiente al **39**

12. Antón Oneca, PG, p. 559; Córdoba, Comentarios II, pp. 382 s.; Beristain, RGLJ, 1976, pp. 337 s.

13. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, p. 348; Rodríguez Devesa, PG, p. 884. La Fiscalía del TS, en su Consulta nº 10/1972 de 9 de nov., sostuvo el criterio negativo cuando la multa se imponía como pena principal (caso al que se refería el art. 28), pero no cuando acompañaba a otra de diferente clase.

14. Como señalan Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 923, tales penas no suponen simples modificaciones de un determinado delito, a diferencia de lo que sucede en caso de concurrencia de circunstancias, sino nuevas penalidades (marcos penales) para delitos distintos: se trata de una «técnica abreviada para la determinación del marco penal abstracto».

marco penal. Que el juzgador pueda moverse dentro de toda la extensión del marco penal o sólo dentro de su mitad superior o de su mitad inferior, depende de la concurrencia, o ausencia, de circunstancias modificativas. Tras su modificación por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el art. 66 CP establece el régimen siguiente:

40 «1. En la aplicación de la pena, tratándose de **delitos dolosos**, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

41 »1ª. Cuando **concurra sólo una circunstancia atenuante**, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito

42 »2ª. Cuando **concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas** [15]**, y no concurra agravante alguna**, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

43 »3ª.Cuando **concurra sólo una o dos circunstancias agravantes**, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.

44 »4ª. Cuando **concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna**, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

45 »5ª. Cuando **concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación** de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.— A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

46 »6ª. Cuando **no concurran atenuantes ni agravantes** aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

47 »7ª. Cuando **concurran atenuantes y agravantes**, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado.

---

15. Se entiende por atenuante muy calificada aquélla que se da con una especial intensidad, determinando una particular disminución del injusto, de la culpabilidad o de la punibilidad, según sea su naturaleza.

Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación aplicarán la pena en su mitad superior.

»8ª Cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión. **48**

» «2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.» **49**

Si concurre una **eximente incompleta** (art. 68), el Juez o Tribunal impondrá la *pena inferior en uno o dos grados* a la que constituye el marco típico, «atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código» (las expuestas aquí en los párrafos anteriores a éste). **50**

Discute la doctrina la cuestión de **si cabe acumular más de uno de estos efectos** atenuatorios especiales, en el caso de que concurran sus respectivos presupuestos (p. ej., legítima defensa incompleta de un semiimputable). En contra cabe alegar que las rebajas en uno o dos grados se fijan por el Código a partir siempre de la «pena señalada por la ley», es decir, del marco penal básico[16] —a diferencia de lo que sucede en la complicidad en la tentativa—. A favor se aducen, no obstante, razones de justicia material, que abonan la toma en consideración de todas las atenuantes existentes.[17] Desde la reforma del art. 68 operada por la LO 15/2003, parece obligada la acumulación del efecto atenuatorio especial de las eximentes incompletas con el de atenuantes muy cualificadas previsto por el art. 66, 2ª, puesto que aquella reforma ha añadido la expresión «sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código». Nada se dice, en cambio, de la concurrencia de más de una eximente incompleta, ya que el efecto atenuatorio de éstas no está previsto en el artículo 66, sino en el mismo 68. Sin embargo, parece justo que se aplique por analogía (permitida porque es a favor del reo) el mismo criterio de la acumulación de los efectos atenuatorios a este caso de concurrencia de más de una eximente incompleta. **51**

En la **determinación de la multa**, el arbitrio judicial es más amplio. Aunque ahora también son aplicables las reglas generales para la determinación de la *duración* de la multa, cuando, como es regla, se prevé con arreglo al sistema de días-multa, las mismas no rigen para la fijación de la cuantía de las cuotas (art. 50, 5), ni cuando la pena se impone en forma de suma global (multa proporcional: art. 52, 2). En ambos casos el juzgador decide según su arbitrio, aunque debe atender a ciertos principios. Su exposición corresponde al apartado que a continuación destinamos a esta siguiente fase de la determinación de la pena. **52**

16. Cfr. Córdoba, Comentarios II, pp. 303 s., citando a favor de la doble atenuación especial la STS 16 oct. 68.

17. Cfr. Córdoba, Comentarios II, p. 283.

V. La determinación judicial de la pena

53 1. Una vez asignado el marco penal concreto que corresponde al delito —o delitos, en caso de concurso—, el juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la **«determinación judicial de la pena en sentido estricto»**. A continuación tal vez haya que decidir si procede la suspensión condicional de la pena resultante, o si cabe sustituirla por otra consecuencia jurídica. A ello corresponde la **«determinación judicial de la pena en sentido amplio»**.

54 Ambas decisiones quedan sometidas al **arbitrio judicial**. Pero este arbitrio, que no puede confundirse con la arbitrariedad, ha de orientarse con arreglo a algunos **principios**.[18] Éstos han de extraerse, en parte, de las declaraciones expresas de la ley, pero en parte también de los fines que cabe atribuir al Derecho penal. Ya se verá, en efecto, que a veces falta toda indicación legal expresa al respecto y que cuando sí existe posee un grado de ambigüedad que hace necesaria su interpretación. Conviene, pues, partir de la función y de los límites que corresponden al Derecho penal.

55 En el **Estado social y democrático de Derecho** que acoge la Constitución (art. 1, 1), el Derecho penal ha de proteger a la Sociedad mediante una **prevención general** y una **prevención especial** sometidas a **principios limitadores** como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización. Estos diversos aspectos importan en medida distinta en el momento de la conminación legal, en el momento judicial y en el de ejecución de la pena (cfr. *supra*, Lec. 3 y 4). Aquí nos detendremos en el papel que dichos aspectos han de poseer en la determinación judicial de la pena.

56 2. La **doctrina alemana** acostumbra a plantear el problema contraponiendo tres criterios: **la prevención general, la prevención especial y el principio de culpabilidad**.[19] Este último se entiende como límite general que incluye exigencias diversas, como las de proporcionalidad con la gravedad del hecho y culpabilidad en sentido estricto. Quienes admiten la retribución entre los fines de la pena consideran todas éstas exigencias de la misma. Se trata, en cualquier caso, de decidir en qué medida debe atender el juez a cada uno de los criterios mencionados. Téngase en cuenta que la prevención puede aconsejar una pena

---

18. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 1191 ss., que habla de «discrecionalidad jurídicamente vinculada». Propugna un «sistema procesal de revisión de la pena» para controlar dicho arbitrio Quintero, CPC nº 4 (1978), p. 23. Cfr. también: Bacigalupo, RFDUC monog. 3 (1980), p. 65; Silva, PJ nº 6 (1987), pp. 137 ss.

19. Cfr. por todos Zipf, CPC nº 17 (1982), p. 353, que denomina esta trilogía «triángulo mágico de la determinación de la pena».

superior o inferior a la adecuada a la gravedad del hecho, y que la prevención especial puede hacer deseable una pena menor o incluso la renuncia a la misma cuando la prevención general exige, en cambio, lo contrario **(antinomias de los fines de la pena)**. La cuestión se resuelve en distintos sentidos según diferentes corrientes doctrinales.[20]

57 Una primera posibilidad es la sostenida por la llamada **teoría de la pena exacta o puntual** *(Punktstrafe)*: entender que el juez ha de hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto —entendida en el sentido amplio indicado—. Se trata de una postura *retribucionista*, que considera que es posible determinar el punto exacto de la pena que corresponde a lo merecido por el delincuente.[21]

58 La posición más opuesta a la anterior es la que considera a la culpabilidad —en el sentido amplio referido— **únicamente como límite máximo** de la pena, no como límite mínimo. La pena no necesaria desde el punto de vista preventivo debería dejar de imponerse aunque fuese adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor.[22]

59 Si la primera teoría mencionada no contempla en forma autónoma los fines de prevención y la segunda concede, por el contrario, un margen ilimitado a las consideraciones preventivas en cuanto aconsejen atenuar o incluso prescindir de la pena, suelen encontrar hoy mayor acogida otros planteamientos que buscan un mayor equilibrio entre la función preventiva de la pena y la necesidad de limitarla en base a la proporcionalidad con la gravedad del injusto y la culpabilidad de su autor. En esta línea destacan la **«teoría del espacio de juego»** *(Spielraumtheorie)* y la **«teoría del valor posicional»** *(Stellungswerttheorie)*.[23]

60 Según la **teoría del espacio de juego** elaborada por la jurisprudencia alemana, la pena ajustada a la culpabilidad —entendida en sentido amplio— no es una pena exacta, sino que comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo. Dicho marco habría de constituir para el juez un «espacio de juego» dentro del cual podría moverse para graduar la pena más precisamente según las necesidades preventivas. Esta construcción admite diversas variantes. Así, cabe defender esta posición tanto desde una perspectiva que considere que la culpabilidad es la base de la pena exigida por la *retribución*,[24] como por quien vea en la proporcionalidad un límite de la pena exigida ya por la *prevención general*.[25] Por otra parte, se discute también si dentro del margen que permite la culpabilidad

20. Cfr. García Arán, Criterios, p. 202.

21. Cfr. las exposiciones (críticas) de Henkel, Richtige Strafe, pp. 30 s. y Zipf, CPC nº 17 (1982), p. 356. Aunque en sí mismo esta teoría no condiciona la determinación de la pena a las necesidades de prevención, algunos de sus partidarios la combinan con la posibilidad de que, una vez obtenida la «pena justa», el juez la modifique en base a consideraciones preventivas, siempre que no se aparte excesivamente del punto adecuado a la culpabilidad: así, p. ej., Jescheck, Tratado, p. 1199.

22. Ésta era la posición sostenida por Roxin, Problemas, pp. 27 ss. y Proyecto Alternativo. La redacción del actual § 46 StGB alemán, que se opone a esta construcción (cfr. Zipf, CPC nº 17 [1982], p. 357), determinó a Roxin a cambiar su opinión de lege lata. Sin embargo, vuelve a sostener la compatibilidad de su punto de vista originario con el Derecho vigente en Roxin, AT, § 3/450 y nota 60.

23. Muñoz Conde ha traducido estas expresiones alemanas en otros términos menos literales: como «teoría del margen de libertad» y «teoría del valor de empleo», respectivamente: cfr. Roxin, CPC nº 9 (1979), pp. 55 s.

24. Así, p. ej., Jescheck, Tratado, p. 1200.

25. Así Roxin, Festgabe f. Schultz, p. 472; el mismo, CPC nº 9 (1979), p. 67.

deben tenerse en cuenta tanto necesidades de prevención especial como de prevención general, o sólo las primeras.[26]

61 La **teoría del valor posicional** resuelve el dilema entre culpabilidad —en sentido amplio— y prevención asignando a la primera la misión de decidir por sí sola la duración de la pena (determinación de la pena en sentido estricto) y a la segunda la de orientar, por sí sola también, la decisión acerca de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (determinación de la pena en sentido amplio). En esta segunda fase importará sólo la prevención especial.[27]

62 3. Los Códigos penales españoles han basado tradicionalmente la determinación judicial de la pena en sentido estricto en la **gravedad del hecho** y en la valoración de la **cuantía y entidad de las circunstancias modificativas** eventualmente concurrentes. El Código de 1944 introdujo un nuevo criterio para el caso de no concurrencia de circunstancias modificativas: la **personalidad** del delincuente, a valorar junto a la mayor o menor gravedad del hecho (anterior art. 61, 4º). El art. 25 de la Constitución, al declarar que las penas privativas de libertad han de orientarse a la reinserción social del delincuente, vino a obligar a tener en cuenta sus características personales con carácter general[28] siempre que se trate de determinar una pena privativa de libertad. El actual CP abunda en esta línea, prefiriendo acertadamente la expresión **«circunstancias personales»** (así, en los arts. 66, 6ª y 68) a la de «personalidad».

63 La determinación judicial de la pena de **multa** se halla regulada en forma algo distinta. Para la determinación de la *cuantía* de las cuotas en la multa impuesta con arreglo al sistema de los días-multa los Jueces o Tribunales tendrán en cuenta «exclusivamente la **situación económica del reo**, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales» (art. 50, 5), y si se trata de una multa proporcional, el juzgador considerará «no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho —a valorar éstas sin los efectos tasados previstos para las demás penas—, sino principalmente la **situación económica del culpable**» (art. 52, 2).

64 En cuanto a la **determinación judicial de la pena en sentido amplio**, la ley permite al juez la *suspensión* condicional de la ejecución de la pena según los arts. 80 y ss. y la *sustitución* de penas privativas de libertad por otras. El art. 80 condiciona la concesión de la suspensión a "que no sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura

---

26. En el segundo sentido, apartándose de la doctrina dominante, cfr. Roxin, CPC nº 9 (1979), pp. 66 ss.

27. Iniciada por Henkel, Richtige Strafe, pp. 22 ss. y 46 ss., se ha desarrollado dogmáticamente por Horn, Schaffstein-Festschrift, pp. 241 ss. y criminológicamente por Schöch, Schaffstein-Fest., pp. 259 ss.

28. Cfr. en este sentido García Arán, Criterios, p. 212.

por el penado de nuevos nuevos delitos". Para ello, "el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

65 Las referencias legales citadas sugieren las siguientes consideraciones. El Derecho español atiende tanto a la **proporcionalidad** con la «gravedad del hecho», como a las necesidades de **prevención especial**, que se tienen en cuenta al exigir la contemplación de las «circunstancias personales» del delincuente —con éstas o con otras palabras.

66 En la «gravedad del hecho» deben incluirse los elementos objetivos y subjetivos que afectan al contenido de injusto típico imputable a su autor (desvalor objetivo y subjetivo de la acción, desvalor del resultado y grado de imputación personal). La ley no exige una propia «**retribución** de la culpabilidad».[29] La alusión a la gravedad del hecho puede interpretarse como la voluntad de limitar la prevención general a una *prevención proporcionada*.[30] Tampoco deben tomarse como base de una retribución de la culpabilidad las «circunstancias personales» del sujeto que menciona el Código. La posible interpretación de este aspecto como fundamento de una «*culpabilidad por la conducta de la vida*» debe ceder ante la orientación resocializadora que impone la Constitución —poco compatible con un Derecho penal que *reprochase* circunstancias puramente personales— y ante la clara afirmación del principio de dolo o imprudencia desde la Reforma de 1983 —pues dichas circunstancias personales difícilmente pueden atribuirse a dolo o imprudencia.[31]

67 Por otra parte, las circunstancias modificativas, cuya cuantía y entidad han de ser valoradas por el juez, afectan no sólo al injusto y al grado de su imputación personal (y por tanto, también a la «gravedad del hecho»), sino también a otras razones vinculadas a la punibilidad exigida por la **prevención general y especial**.

68 Ello significa que la determinación judicial de la pena en sentido estricto no puede buscar únicamente la pena adecuada a la culpabilidad en el sentido retribucionista de la **teoría de la pena exacta o puntual**, puesto que la ley obliga a tomar en cuenta en algunos casos la personalidad del delincuente y la Constitución permite generalizar la orientación resocializadora de la determinación de la pena. Tampoco es compatible con nuestro Derecho la teoría del valor posicional, pues las consideraciones preventivo-especiales —vinculadas a referencias a la personalidad y a las circunstancias del culpable— se tienen ya en cuenta por el Código desde

---

29. Cfr. en esta línea: Gómez Benítez, RFDUC monogr. 3 (1980), pp. 179 ss.; García Arán, Criterios, pp. 212 ss.

30. Cfr. supra Lección, 3, I 2 A. Sobre el significado de la gravedad del hecho para la prevención general cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 98 s.; Luzón Peña, Medición, p. 38.

31. Sobre las posibles interpretaciones del concepto de personalidad en el anterior art. 61, 4º, cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 100 s. En contra de entender la personalidad en sentido culpabilista y a favor de su interpretación preventivista, Stratenwerth, Futuro, pp. 73 ss.; García Arán, Criterios, p. 206 s.; Gómez Benítez, RFDUC monogr. 3 (1980), pp. 81 s.

el primer momento de la determinación judicial de la pena en sentido estricto, y no sólo en orden a la decisión acerca de la suspensión o sustitución de la pena.

69 No decide, en cambio, nuestro Derecho la **jerarquía de los distintos criterios** a que alude[32] —la gravedad del hecho y las circunstancias personales del sujeto como principios generales, y las circunstancias modificativas como manifestaciones particulares de los mismos—. Si en estos factores pueden verse representados los distintos fines de la pena, cabe considerar compatible con la regulación vigente toda teoría que combine de algún modo, en ambas fases de la determinación judicial —en sentido estricto y en sentido amplio— dichos fines.

70 No es, pues, obligada la elección en favor de uno de los dos modelos más arriba expuestos que quedan en pie: el que considera a **la culpabilidad** en sentido amplio —que en nuestra terminología equivale a la gravedad del hecho— **como límite máximo pero no mínimo de la prevención**,[33] y el de la **teoría del espacio de juego**, en sus diversas modalidades. También cabe utilizar otro modelo de **«compensación racional»** de las posibles exigencias contrapuestas —atenuatorias y agravatorias— de la prevención general proporcionada al hecho y la prevención especial. Mas, como no es lícito castigar las circunstancias personales, sino sólo el hecho, la «compensación racional» de las exigencias de estos dos factores (circunstancias personales y gravedad del hecho) puede conducir a rebajar la pena si no es necesaria para la prevención especial, pero no puede llevar a imponer una pena superior a la permitida por la gravedad del hecho **(compensación racional dentro del límite máximo, no mínimo, del principio de culpabilidad)**.

71 Por último, la enumeración de factores a tener en cuenta en la determinación de la pena por parte del Código penal no impide que el juzgador pueda y deba atender además a todos los **principios que han de limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho**: principios de utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, resocialización, humanidad, etc. En particular hay que resaltar la necesidad de que la medición judicial de la pena respete un principio constitucional básico: el **principio de igualdad**.[34] Este principio ha de impedir tanto que por razones coyunturales (frecuencia de delitos, alarma social) se esgrima la prevención general para elevar la pena de algún o algunos individuos más que la de otros,[35] como que la prevención especial se administre desigualmente.

---

32. A diferencia del StGB alemán, cuyo § 46 da preferencia a la «culpabilidad del autor», al declarar que «es la base de la determinación de la pena».

33. En este sentido: Mir Puig, Introducción, pp. 104 s.; Luzón Peña, Medición, pp. 110 ss.; el mismo, Aplicación, p. 414; García Arán, Criterios, pp. 201, 207 s.; Córdoba Roda, Culpabilidad, pp. 53 ss.

34. Insiste en este principio, Jescheck, Tratado, p. 1192.

35. Cfr. García Arán, ADPCP, 1981, p. 520 (siguiendo a Andenaes, Teoria e prasi, p. 38).

72 Según la nueva redacción que la LO 15/2003 ha dado al art. 72 CP, el juzgador ha de explicitar los criterios (entre los que contarán los principios indicados) que le lleven a hacer uso del margen que la ley le concede para la determinación judicial de la pena: «Los jueces o tribunales —dispone ahora aquel precepto—, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta».

Lección 32.
CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Bibliografía

A.A.V.V., Lecciones de Derecho penitenciario, 1985; *A.A.V.V.*, Presó i comunitat, I Jornades penitenciàries de Catalunya, (Generalitat de Catalunya), 1988.; *A.A.V.V.*, Fiscales de vigilancia penitenciaria, Centro de Estudios judiciales, Cursos, v. 1, 1988; *A.A.V.V.*, Vigilancia Penitenciaria, Consejo General del Poder Judicial, 1993 (incluye una amplísima bibliografía en materia penitenciaria elaborada por Bueno Arús); *A.A.V.V.*, Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, 1994; *Alarcón Bravo*, El tratamiento penitenciario, en Fernández Albor (ed.), Estudios penales, II, La reforma penitenciaria, 1978, pp. 15 ss.; *Alonso de Escamilla*, El juez de vigilancia penitenciaria, 1985; *la misma*, La institución del Juez de Vigilancia en el Derecho comparado, ADPCP 1986, pp. 75 ss.; *la misma*, Tribunal Const., Sala de Conflictos y vigilancia penitenciaria, en A.A.V.V., Fiscales de vigilancia cit., pp. 11 ss.; *Ancel/Chemithe*, Les systèmes penitentiaires en Europe occidentale, 1981; *Asencio Cantisan*, La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad, en Eguzkilore, nº extra 1988, pp. 57 ss.; *el mismo*, El juez de vigilancia, REP, nº 237 (1987); *Asúa Batarrita*, El régimen penitenciario abierto. Consideraciones sobre su fundamentación, en Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro Homenaje al Prof. Beristain, 1989; *Asúa Batarrita/Garro Carrera*, Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena, 2009; *Bello Landrove*, La redención de penas y otros incentivos del trabajo penitenciario ante el futuro, RGLJ 1979, pp. 149 ss.; *Bergalli*, ¿Readaptación social por medio de la ejecución de la pena?, 1976; *Bueno Arús*, Notas sobre la Ley General Penitenciaria, REP 1978, pp. 113 ss.; *el mismo*, Los derechos y deberes del recluso en la Ley General penitenciaria, REP 1979, pp. 7 ss.; *el mismo*, Cien años de legislación penitenciaria, REP 1981, pp. 63 ss.; *el mismo*, Estudios penales y penitenciarios, 1981; *el mismo*, Estudio preliminar, en García Valdés, La reforma penitenciaria española, 1981, pp. 7 ss.; *el mismo*, Los beneficios penitenciarios..., en Libro-Homenaje a Beristain, 1989, pp. 999 ss.; *Bueno Arús y otros*, Lecciones de Derecho penitenciario, 1985; *Caballero Romero*, Dos modelos de prisión: la prisión punitivo-custodial y la prisión de tratamiento, REP 1975, pp. 45 ss.; *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *el mismo*, Strafvollzugsrecht, 1978; *Calliess/Müller Dietz*, Strafvollzugsgesetz, 6ª ed., 1994; *los mismos*, Strafvollzugsgesetz, 10ª ed., 2005; *Carmona Salgado*, La asistencia social penitenciaria, Rev. Fac. Derecho Univ. Granada, 1984, pp. 157 ss.; *Cervelló Donderis*, Derecho Penitenciario, 2001; *Cobo/Boix*, Derechos fundamentales del condenado, Reeducación y reinserción social, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, I, 1982, pp. 217 ss.; *Conde-Pumpido*, Los problemas penitenciarios de la responsabilidad personal por insatisfacción de la pena de multa, en A.A.V.V., Fiscales de vigilancia cit., pp. 159 ss.; *Córdoba Roda*, Die Freiheitsstrafe nach dem gegenwärtigen spanischen Recht, ZStW 92 (1980), pp. 771 ss.; *De la Cuesta*, Retos principales del actual sistema penitenciario, en Jornadas en homenaje al XXV aniversario de la LOGP, 2005, pp. 121 ss; *De la Cuesta Arzamendi*, El trabajo penitenciario resocializador, 1982; *el mismo*, Presente y futuro de las instituciones penitenciarias españolas, en Eguzkilore, nº extra 1988, pp. 115 ss.; *el mismo*, Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador, en Derecho penitenciario y democracia, 1994; *Daunis Rodríguez*, La libertad condicional como forma de suspensión de la

ejecución de la pena, en RGDP, (21) 2014; *Doñate*, El juez de vigilancia penitenciaria, en A.A.V.V., Privaciones de libertad y derechos humanos, 1987; *Dünkel/Rosner*, Die Entwicklung des Strafvollzugs in der BRD seit 1970, Materialien und Analysen, 1981; *Eser*, Resozialisierung in der Krise?, en Lüderssen/Sack (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, III, 1977, pp. 276 ss.; *Fuentes Osorio*, Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP, en InDret 1/2011; *Figueroa Navarro*, Los orígenes del penitenciarismo español, 2000; *García Albero / Tamarit*, La reforma de la ejecución penal, 2004; *García Arán*, Los nuevos beneficios penitenciarios, una reforma inadvertida, RJCat, 1983, pp. 109 ss.; *García Pablos*, La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo, ADPCP 1979, pp. 645 ss.; *García Valdés*, Régimen penitenciario de España, 1975; *el mismo*, La nueva penología, 1977; *el mismo*, Comentarios a la legislación penitenciaria, 2ª ed., 1982; *el mismo*, Estudios de Derecho penitenciario, 1982; *el mismo*, Teoría de la pena, 3ª ed., 1985, reimpr. 1987; *el mismo*, Derecho penitenciario, (Escritos, 1982- 1989), 1989; *el mismo*, Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica, ADPCP 1986, pp. 771 ss.; *el mismo*, Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias, en CDJ, Dª Penitenciario, II, 17, 2003; *el mismo*, La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del s. XIX, Buenos Aires 2006; *Garrido Genovés*, Psicología y tratamiento penitenciario: una aproximación, 1982; *Garrido Guzmán*, Manual de Ciencia penitenciaria, 1983; *el mismo*, Nuevas perspectivas de la remisión condicional de la pena, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 517 ss.; *Giménez-Salinas/Rifá*, Introducció al Dret pemitenciari, 1992; *González Cano*, La ejecución de la pena privativa de libertad, 1994; *González Rus*, La suspensión de la pena de interdicción civil, en La Ley, 2 nov. 1984, pp. 1 s.; *Haffke*, Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes, ZStW 88 (1976), pp. 607 ss.; *el mismo*, Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance?, en Lüderssen/Sack (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, III, 1977, pp. 291 ss.; *Herrero Herrero*, España penal y penitenciaria, 1985; *Hualde/Lezana/Muñagorri*, Informe-resumen sobre el aislamiento en las cárceles españolas, CPC nº 39 (1989), pp. 841 ss.; *Jescheck/Grebing*, Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978; *Kaiser*, Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1983; *el mismo*, Strafvollzug aus internationaler Sicht, en Schuh, Aktuelle Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs, 1987, pp. 378 ss.; *Kaiser/Kerner/ Schöch*, Strafvollzug, 2ª ed., 1978; *Hilde Kaufmmann*, Ejecución penal y terapia social, Buenos Aires, 1979; *Landrove Díaz*, El arresto sustitutorio, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 501 ss.; *el mismo*, El régimen abierto, en A.A.V.V., Estudios penales y criminológicos, XI, 1988; *Lammot*, Zur Heilungsideologie des Strafvollzugs, Kritische Justiz, 1 (1982), pp. 79 ss.; *Laubenthal*, Strafvollzug, 1995; *Maelicke*, Entlassung und Resozialisierung, 1977; *Manzanares Samaniego*, La problemática actual del Juez de Vigilancia, REP 1981, pp. 7 ss.; *el mismo*, Individualización científica y libertad condicional, 1984; *el mismo*, Redención de penas por el trabajo, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, v 1º, 1985, pp. 543 ss.; *Mapelli Caffarena*, Principios fundamentales del sistema penitenciario español, 1983; *Mapelli/Terradillos*, Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., 1996; *Martínez Escamilla*, Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad, 2002; *Martínez Montijano/Golderos Cebrián*, Manual para la ejecución de las penas y medidas de seguridad, 1999; *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria)*, Centro de Estudios Judiciales, 1992; *Mir Puig*, Consideraciones actuales sobre la investigación de la personalidad en el Derecho penal español, RJCat 1972, pp. 281 ss.; *Carlos Mir Puig*, La prisión abierta, ADPCP 1985, pp. 767 ss.; *Morris*, El futuro de las prisiones, México, 1978; *Muñoz Conde*, La resocialización del delincuente, CPC nº 7 (1979), pp. 91 ss.; *el mismo*, Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles, en Barbero Santos (ed.), La reforma penal, Cuatro cuestiones fundamentales, 1982, pp. 103 ss.; *el mismo*, Derecho penal y control social, 1985; *Neuman*, Prisión abierta, 2ª ed., Buenos Aires, 1984; *Ortmann*, Resozialisierung durch Sozialtherapie, ZStW 96 (1984), pp. 794 ss.; *Polaino Navarrete*, Algunas observaciones críticas sobre el ordenamiento penitenciario español, CPC nº 16 (1982), pp. 155 ss.; *el mismo*, Cuestiones penitenciarias en la PANCP, RFDUC monogr. 6 (1983), pp.547 ss.; *Racionero Carmona*, Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial, 1999; *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, Primer Congreso de las N.U. sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Ginebra, 1955), Dirección Gral. de Instituciones Penitenciarias, 1969; *Ríos*, Manual de ejecución penitenciaria, 4ª ed., 2007; *Ríos Martín*, Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel, 2ª ed., 2001; *Rivera*, La cárcel en el sistema penal, 2ª ed., 1996; *el mismo*, La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, 1997; *Rodríguez Alonso*, Lecciones de Derecho Penitenciario, 2ª ed., 2001; *Rodríguez Ramos*, ¿Prisión por «penosas deudas» al Estado?, La Ley 13 sept. 88, pp. 1 ss.; *Roig Bustos*, Procedimiento

sancionador en el ámbito penitenciario, en A.A.V.V., Fiscales de vigilancia cit., pp. 113 ss.; *Roldán Barbero*, Historia de la prisión en España, 1988; *Ruiz Vadillo*, Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de vigilancia penitenciaria. La misión del Fiscal..., en A.A.V.V., Fiscales de vigilancia,cit., pp. 81 ss.; *Sanz Delgado*, Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria, 2000; *Schüler/ Springorum*, Problemáticas de los establecimientos de terapia social, en Barbero Santos (ed.), La reforma penal, Cuatro cuestiones fundamentales, 1982, pp. 129 ss.; *Suárez López*, La incidencia de los principios informadores del sistema penológico en el marco del cumplimiento íntegro de las penas, en CPC (107) 2012; *Tamarit/ Sapena/ García Albero*, Curso de Derecho penitenciario, 1996; *Vives Antón*, Régimen penitenciario y Derecho penal: reflexiones críticas CPC nº 3 (1977), pp. 246 ss.; *Weigend*, Die Rechte Gefangener in internationaler Perspektive, en Müller-Dietz /Walter (eds.), Strafvollzug in den 90er Jahren, 1995, pp. 141 ss.; *Zúñiga/Pérez/Sanz/Fernández*, Manual de Derecho Penitenciario, 2001.

I. Cumplimiento de las penas privativas de libertad e individualización penitenciaria de la pena

Tras la determinación legal del marco penal abstracto y concreto, y la determinación judicial de la pena, salvo que ésta suponga suspensión o sustitución, procede concretar la **forma de cumplimiento** de la pena impuesta. **1**

En las penas no privativas de libertad ello se desprende en principio del propio contenido que les atribuye el Código penal al caracterizarlas (Secc. 3ª a 5ª del Cap. I, Tít. III, Libro I). En este último lugar regula también la ley el cumplimiento algo más complejo de la pena de multa, que entraña la posibilidad de imposición de responsabilidad subsidiaria en caso de impago. Todo ello se examinó al filo de la exposición de las distintas penas previstas en el Código penal (cfr. *supra*, Lección 30), bien porque sería difícil separarlo del concepto mismo de cada pena, bien —como en el caso de la multa— por razón de unidad de una materia breve en su conjunto. Por otra parte, la determinación de la forma de cumplimiento o era automática o de gran simplicidad. **2**

Cuando la pena impuesta es privativa de libertad existe, por una parte, una amplia normativa que regula su cumplimiento y es preciso, por otra parte, proseguir el proceso de individualización de la pena adaptando al penado las múltiples posibilidades que, según la legislación penitenciaria, puede adoptar la privación de libertad. Ello puede afectar, en una medida muy importante, tanto a la severidad de la pena y a sus condiciones, como a la misma duración de la privación de libertad. Es, pues, aconsejable destinar un apartado propio a esta problemática, cuya importancia y complejidad ha dado lugar a toda una especialidad científica **(Derecho penitenciario)**. Es oportuno, por otra parte, entroncar el tema con el de la determinación e individualización de la pena, pues de la concreción del cumplimiento penitenciario depende el contenido y la duración de la pena realmente impuesta. Y no se trata meramente de una «individualización administrativa», contrapuesta a la «individualización legal» y la «individualización judicial», sino de un proceso de concreción que parte, como la sentencia, de un marco legal y ha de controlarse judicialmente —sin perjuicio, claro está, de que intervenga constantemente el criterio de las autoridades de la Administración penitenciaria—. A continuación expondremos las líneas más generales **3**

de este proceso de individualización penitenciaria, que arranca de la ley, es conducido por la Administración y es controlado por el Juez de Vigilancia.

II. Bases legales del cumplimiento de la pena

4 1. El cumplimiento de las penas privativas de libertad se halla regulado por la **Ley General Penitenciaria** (LOGP: LO 1/1979, de 26 de septiembre)[1] y por el **Reglamento Penitenciario** (RP: RD 190/1996, de 9 de febrero), que mantiene la vigencia de los arts 108, 109, 110 y 111 y del primer párrafo del art. 124 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada (Disposición derogatoria RP). Hay que tener en cuenta asimismo las reformas operadas por las LO 6 y 7/2003, de 30 de junio.

5 Según lo exigido por el **art. 25 de la Constitución**, que impone la orientación de las penas privativas de libertad a la **reeducación y reinserción social**, el **art. 1 de la LOGP** declara que estas metas constituyen el *«fin primordial»* de las instituciones penitenciarias. Con el mismo carácter de finalidad primordial menciona también dicho precepto la «**retención y custodia** de detenidos, presos y penados». Todo ello permite combinar la función de prevención especial, particularmente orientada hacia la resocialización, y la de prevención general.[2] Mientras que ésta obliga a realizar la condena impuesta en el momento judicial como concreción de la conminación prevista por la ley, las exigencias de prevención especial influirán en la forma de cumplimiento de la privación de libertad (Cfr. *supra*, Lección 3 IV 3).

6 El **art. 2 LOGP** proclama el **principio de legalidad** de la actividad penitenciaria, que deberá desarrollarse «con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales». Los **arts. 3, 4 y 6 LOGP** trazan las líneas generales del **estatuto jurídico del recluso**, a partir del principio del **respeto de la personalidad humana y de los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena.** El art. 3, 3 RP especifica: «Principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad de privación de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se

1. Recoge los materiales prelegislativos y las enmiendas presentadas a esta Ley, así como su texto, García Valdés, La reforma penitenciaria, pp. 55 ss.

2. Cfr. García Valdés, Teoría, p. 116. En este sentido también la Exposición de Motivos de la LOGP. En contra, en cambio, de considerar vinculada a la prevención la finalidad de resocialización que proclama el art. 1 LOGP, Mapelli, Principios, pp. 180 ss.

halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma». Expresamente se proscriben **discriminaciones** por razón de nacimiento, raza, opciones políticas, creencias religiosas, condiciones sociales u otras análogas (arts. 3 LOGP y 4, 1 RP), así como los **malos tratos** de palabra u obra (art. 6 LOGP) y el rigor innecesario en la aplicación de las normas (art. 4, 2 a RP).

7 2. En el cumplimiento de las penas privativas de libertad se distinguen **cuatro grados**. El primer grado corresponde al **régimen cerrado,** el segundo al **régimen ordinario**, el tercero al **régimen abierto** y el cuarto al período de **libertad condicional**. El CP ya no habla al respecto de **«sistema progresivo»**. En un sentido estricto, el sistema progresivo supondría la necesidad de atravesar distintas fases en el cumplimiento de la pena, cada una de las cuales significaría una mejora («progresión») de las condiciones de la condena en comparación con la fase o fases anteriores. Así se concebía el sistema progresivo previsto por el Reglamento del Servicio de Prisiones de 5 de marzo de 1948, posteriormente modificado por el Reglamento de 1956. El Decreto de 25 de enero de 1968 flexibilizó en gran medida dicha concepción, permitiendo que el recluso pudiera ser situado desde un principio en el segundo o incluso tercer grado de la condena, sin tener que pasar necesariamente por todos los grados. La LOGP prosigue la flexibilización del sistema, al que no denomina «sistema progresivo», sino **«sistema de individualización científica separado en grados»**.[3] No obstante, subsiste la idea de que cada grado superior supone un mayor ámbito de libertad que el que le precede en número, y que el último de ellos, de libertad condicional, no puede concederse sino como culminación del cumplimiento de la condena (arts. 72 LOGP y 100 RP). Por otra parte, la LO 7/2003 restringió la posibilidad de clasificar en tercer grado (régimen abierto), exigiendo en principio para ello, entre otros requisitos, que se haya cumplido la mitad de la pena impuesta si ésta es superior a cinco años (art. 36, 2 CP).

8 El párrafo segundo de este art. 36, 2 CP dispone: «[c]uando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183. d) Delitos

3. Cfr. García Valdés, Comentarios, p. 225.

del capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece 13 años. El juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio».

9 La LO 5/2010 **ha eliminado el carácter automático de la aplicación del período de seguridad.** Dispone el art. 36.2 CP: "Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal **podrá** ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta".[4] La **obligatoriedad** se mantiene únicamente para los **casos indicados expresamente en el nuevo párr. 2º del art. 36, 2 CP**, y siempre que la pena impuesta **supere los cinco años.** Según el nuevo art. 36, 2, párr. 2º CP, "[e]n cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183. d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.". La doctrina dominante viene cuestionando el carácter (ahora parcialmente) automático del período de seguridad por considerarlo incoherente con el sistema de individualización científica de la pena previsto en la LOGP.[5]

10 Cuando el interno se encuentre **en tercer grado penitenciario** y reciba notificación de nueva responsabilidad, el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá acordar, según el caso, el **regreso del sujeto a segundo grado**, previo informe de la Junta de Tratamiento, o bien la aplicación del régimen general (art. 36, 2, párr. 2º *in fine*: "El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior").

---

4. Negrita añadida.

5. Vid., a este respecto, y ya en relación con la nueva regulación ex LO 5/2010, Fuentes Osorio, "Período de seguridad", en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 35/9040. Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, vid., además, Bach Fabregó / Gimeno Jubero, "Clases y contenido de penas y ejecución de las penas", en Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 84 ss.

Por otro lado, la LO 7/2003 modificó también el art. 72 de la LOGP, en los términos siguientes: «5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.— Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos: a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.— b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.— c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.— d) Delitos contra la Administración Pública comprendidos en los Capítulos V al IX del Título XIX del Libro II del Código Penal.— 6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la Sección 2º del Capítulo V del Título XXII del libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las Autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado». **11**

Cada grado supone el cumplimiento en un **establecimiento o departamento correspondiente**. Los reclusos clasificados en el segundo grado serán ingresados en establecimientos de régimen ordinario (arts. 9 y 72, 2 LOGP y 74, 1, 101, 1 y 102, 3 RP). Los que sean clasificados en primer grado, lo que sucederá excepcionalmente, serán ingresados en un establecimiento o departamento de régimen cerrado (arts. 10, 72, 2 LOGP y 74, 3, 101, 3 y 102, 5 RP). Este régimen se caracteriza «por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos» (art. 10, 2 LOGP). El tercer grado corresponde a los establecimientos de régimen abierto, en los que se permite a los internos salir a trabajar en el exterior (arts. 80 ss. RP).[6] Para los jóvenes menores de veintiún años y, excepcionalmente, de veinticinco, y para las mujeres, se prevén establecimientos o departamentos separados (arts. 9 y 16 LOGP y 99, 168 ss., 173 ss., 178 ss. RP). **12**

Además de todos estos **establecimientos de cumplimiento**, se prevén otros **establecimientos de preventivos** y **establecimientos especiales**. Destinados los **13**

6. Sobre la «prisión abierta», sistema que despierta esperanzas de superación de la cárcel, cfr.: Neumann, Prisión abierta, passim, Carlos Mir Puig, ADPCP 1985, pp. 767 ss.; Landrove, Régimen abierto cit.

primeros para quienes se hallan en prisión provisional en espera de juicio, en los segundos prevalece un carácter asistencial, ya sea médico (centros hospitalarios y psiquiátricos), ya sea adecuado a la ejecución de medidas de seguridad (centros de rehabilitación social) (arts. 7 y 11 LOGP y 96 ss., 183 ss. RP).

14 3. Cualquiera que sea el grado, régimen y establecimiento que correspondan, tanto la LOGP como el RP destacan la importancia del **tratamiento penitenciario**. El art. 71, 1 LOGP, en coherencia con la declaración inicial del art. 1, 1 de la misma ley,[7] proclama que «el fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas».[8] Según el art. 59, 1 LOGP, el tratamiento consiste en un «conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados». Con ello se pretende «hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades» (art. 59, 2 LOGP). No se trata de conseguir una modificación *moral* del recluso, ni de la imposición al mismo de un determinado modelo social, sino de algo más modesto y menos peligroso para la dignidad humana: *ofrecer posibilidades* de llevar una vida *sin delito*.[9]

15 El tratamiento **no puede imponerse contra la voluntad del individuo**.[10] Ello no obsta a que deba fomentarse que el mismo participe en la planificación y ejecución de su tratamiento (art. 61 LOGP). Un tratamiento forzoso sería inaceptable y, por lo demás, destinado al fracaso.

16 Las necesidades del tratamiento son las que han de determinar la **clasificación inicial** del penado en el grado y régimen que correspondan, y la **progresión o regresión** de grado. Cada seis meses como máximo, los internos deben ser estudiados individualmente para reconsiderar su clasificación (arts. 63 y 65 LOGP, y 102 y 106 RP).

17 4. Domina el conjunto de la legislación penitenciaria instaurada a partir de la LOGP una tendencia general a la **humanización** del cumplimiento de las penas de privación de libertad.[11] No es posible exponer aquí los detalles en que ello se

---

7. Considera, en cambio, que son distintos los fines declarados por el art. 1 y el art. 71, 1 LOGP, Mapelli, Principios, pp. 249 s.

8. Entiende que la regulación separada de «régimen penitenciario» y «tratamiento penitenciario» constituye uno de los mayores logros y aciertos de la LOGP, García Valdés, Teoría, p. 143.

9. Cfr. García Valdés, Comentarios, pp. 195 s.; Bueno Arús, Estudio preliminar, p. 13. Sobre los peligros de una concepción más ambiciosa de la resocialización cfr. Muñoz Conde, CPC nº 7 (1979), pp. 91 ss.; García Pablos, ADPCP, 1979, p. 683.

10. Cfr. García Valdés, Comentarios, pp. 194 ss. y Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 632.

11. Según la Exposición de Motivos de la LOGP, en su elaboración se tuvieron en cuenta las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobados por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa,

manifiesta, pues no cabe tampoco analizar de forma pormenorizada la normativa penitenciaria. Baste referir algunos ejemplos. Ya se ha dicho que se considera **excepcional la clasificación en régimen cerrado** (primer grado). El art. 12 LOGP declara que los establecimientos penitenciarios **no podrán acoger más de 350 internos** por unidad. Este *desideratum* choca con la realidad del hacinamiento en algunas cárceles. Se afirma el **principio de celdas individuales** (art. 19 LOGP y 13 RP), lo que también dista de la realidad. Se acoge el **principio de cogestión**, propiciándose sistemas de participación de los internos en actividades educativas, recreativas, religiosas, laborales, culturales y deportivas (art. 24 LOGP), así como en la planificación y ejecución de su tratamiento (art. 61 LOGP). Se proclama el **derecho a un trabajo** adecuado a cada interno y equiparado al trabajo libre en cuanto a su protección por parte de la Seguridad Social; aunque a la vez se declara el deber de trabajar, se prohíben los trabajos aflictivos o aplicados como medida correctiva, los que atenten a la dignidad del individuo y los que se supediten al logro de intereses económicos por la Administración (art. 26).[12] El **régimen disciplinario** experimenta una suavización, limitándose la duración máxima de las sanciones: así, el aislamiento en celda tendrá un máximo de 14 días, en caso de primera infracción, de 21 días en caso de repetición y de 42 si existe concurso de infracciones (art. 42 LOGP).[13] Se realizan los **permisos de salida,** que habían sido introducidos en 1977 con dudosa legalidad, y que en la actualidad pueden tener una duración de hasta siete días y suponer un total de 36 días al año para los que se encuentren en régimen ordinario y 48 días para quienes se hallen en régimen abierto (arts. 47 LOGP y 154 RP). Estos últimos pueden disfrutar, además, de permisos todos los fines de semana, lo que, sumado a lo anterior (art. 87 y 154 RP), puede dar lugar a un total anual de 104 días de permiso.[14]

III. La individualización administrativa y judicial

18 El sistema penitenciario esbozado permite formas bien distintas de cumplimiento de las penas privativas de libertad, que pueden variar incluso en su propia duración. Importa dilucidar en qué extremos de la ejecución penitenciaria ha de tener lugar la individualización de las modalidades de cumplimiento que

los pactos internacionales sobre derechos humanos, las leyes penitenciarias de los países más avanzados y el Anteproyecto de Constitución española. Para un balance general cfr. De La Cuesta, Eguzkilore 1988, p. 115, en donde, refiriéndose a las expectativas que despertó la aprobación de la LOGP, escribe: «¿Qué queda hoy de esa gran esperanza? Poco, por no decir nada o por no hablar de pesimismo y decepción».

12. Sobre el trabajo penitenciario, tema capital en la historia de la prisión, cfr. la monografía de De la Cuesta, Trabajo penitenciario, passim.

13. Lo considera insuficiente Bueno Arús, Estudio preliminar, p. 30.

14. Entre el modelo penitenciario previsto en la legislación penitenciaria, cuyas características más importantes acaban de resumirse en el texto, y la realidad de las cárceles existe, por desgracia, una notable distancia.

correspondan, así como a qué órgano, administrativo o judicial, se asigna dicha función de individualización y qué criterios deben guiarla.

19 1. La individualización penitenciaria de las penas privativas de libertad tiene lugar, en realidad, continuamente, siempre que se adopten medidas para con el condenado que afecten de cualquier forma a las condiciones de su privación de libertad. Pero algunas de estas medidas posibles destacan por la especial trascendencia que poseen en orden a influir en el grado de severidad de la ejecución penitenciaria, así como en su contenido resocializador. La clasificación inicial del interno en uno de los grados de la condena y la progresión o regresión posteriores, la concesión o denegación de la libertad condicional, de la redención, de permisos de salida, de alguno de los beneficios penitenciarios que prevé el RP, o la imposición de sanciones, condicionan, en distinta medida, pero en cualquier caso de forma importante, la intensidad y cualidad de la privación de libertad. Piénsese en la gran diferencia que existe entre el cumplimiento de la pena en régimen cerrado, a consecuencia de una clasificación en el primer grado, y en régimen abierto por haber conseguido una clasificación inicial en el tercer grado, con la consecuencia en este caso de poder trabajar en el exterior y disfrutar de permiso los fines de semana. O en la diferente duración de la privación de libertad que supone la concesión o no de la libertad condicional o de los beneficios penitenciarios previstos en los arts. 202 ss. RP. Sobre estas instituciones abundaremos brevemente a continuación.

20 A) Declara el **art. 90, 1 CP**: «1. El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:— a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.— b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.— c) Que haya observado buena conducta.— Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.— No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

21 Esta exigencia de pago de la responsabilidad civil fue introducida por la **LO 7/2003**, que también añadió a continuación otro párrafo especificando cuándo debía entenderse que hay pronóstico de reinserción social respecto a penados

por delitos de terrorismo o cometidos en organizaciones criminales. Esta referencia, modificada por la LO 1/2015, se encuentra recogido en el **art. 90, 8**: «En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de **organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código**, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.— Los apartados 2 y 3 no serán aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.»

El art. 90, 2 CP mantiene la importante ampliación que en 1995 supuso la posibilidad, siquiera excepcional, de concesión de la libertad condicional una vez cumplidas las **dos terceras partes** de la condena. **22**

Tras la LO 1/2015, el texto del precepto es el siguiente: «También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:— a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena.— b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.— c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena.— A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso». **23**

24 Por su parte, el nuevo **art. 90,3** establece lo siguiente: «Excepcionalmente, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurran los siguientes requisitos:— a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración.— b) Que hayan extinguido **la mitad de su condena**.— c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.— Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales».

25 En la misma línea de excepcionalidad, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración, hayan extinguido **la mitad de su condena** y acrediten el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior (art. 90, 3, inc. 1º). No obstante, este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 90, 3, inc. 1º).

26 Mayor generosidad muestra aún el art. 91 para quienes hayan cumplido la edad de **setenta años** o la cumplan durante la extinción de la condena, o fueren **enfermos muy graves con padecimientos incurables**: todos ellos pueden obtener la libertad condicional sin necesidad de haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes o la mitad de la condena

27 Tras la LO 1/2015, dispone el actual **art. 91 CP**: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.— El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios.— 2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al juez de vigilancia penitenciaria, quien, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.— 3. Si el peligro para la vida del interno, a

causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior.— En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.— El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional.— 4. Son aplicables al supuesto regulado en este artículo las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo anterior.»

28 En los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87. Igualmente, el juez de vigilancia penitenciaria, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas o el alzamiento de las mismas. Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada (art. 90, 5).

29 En cuanto al **plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena**, el **art. 90,6** dispone que éste será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.

30 Tras la LO 1/2015, los **supuestos de denegación de libertad condicional** se encuentran recogidos en el **art. 90,4.** De acuerdo con este precepto, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Igualmente, el nuevo precepto

recuerda que también podrá denegarse la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado.

31 La **revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional** dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena (art. 90, 6).

32 Los arts. 202 a 204 RP desarrollan la regulación de los arts. 90, 2 y 3 CP, caracterizando el adelantamiento de la libertad condicional como un beneficio penitenciario. Por su parte, los arts. 192 ss. RP completan la regulación de la libertad condicional contenida en el CP.

33 El art. 193 RP establece varias reglas para el cómputo del requisito de transcurso de las tres cuartas partes de la condena:

34 Se descontará del total el tiempo que hubiera sido objeto de indulto. Cuando el condenado sufra dos o más penas privativas de libertad, la suma de ambas será considerada como una sola condena[15].

35 B) Los **beneficios penitenciarios**, en parte en relación con la libertad condicional, se hallaban previstos antes de 1995 en los arts. 256 y 257 RP de 1981. El primero ha sido derogado por el CP 1995 y el segundo lo ha sido por el nuevo RP. En la regulación actual, constituyen beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional, previsto en los arts. 91 CP y 205 RP, y el indulto particular, regulado en el art. 206 RP. Según este precepto, «La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta, b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad, c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social».

36 C) El CP 1995 ha suprimido también otra posibilidad de reducción de la duración de las penas privativas de libertad: la **«redención de penas por el**

15. El mismo criterio acoge la Fiscalía General del Estado (Consulta nº 9/1985, de 11 nov.) para determinar si concurre el requisito de que la condena exceda de un año de privación de libertad; cfr. ADPCP 1986, pp. 219 ss.

trabajo». Introducida en 1938 (Orden de 7 de octubre), se hallaba prevista por el art. 100 CP. No sólo se ha derogado este artículo, sino también los arts. 65 a 73 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956, que lo desarrollaban y que seguían en vigor (Disposición derogatoria única, f). En la práctica permitía un acortamiento automático de un tercio de la condena. Su supresión constituye el cambio más importante de la normativa del cumplimiento de las penas privativas de libertad operado por el CP actual.

37 D) La **LO 7/2003**, cuya denominación («de medidas de reforma para el **cumplimiento íntegro y efectivo de las penas**») indica su finalidad de dificultar que en vía penitenciaria resulte disminuido el tiempo efectivo de privación de libertad en los delitos más graves, modificó la redacción del art. 78 CP. Tras su recientemente reformado como consecuencia de la LO 1/2015, el precepto ha adoptado, finalmente, el siguiente contenido: «1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.— 2. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.— Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:— a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.— b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.»

38 2. ¿**A quién corresponde** adoptar las decisiones que afectan a la individualización penitenciaria**, y qué criterios** han de guiar su adopción?

39 En cuanto a lo primero, se parte del siguiente planteamiento: la **Administración penitenciaria** es la encargada de conducir el proceso de individualización de la condena, pero con la **participación del interno** y **bajo el control del Juez de Vigilancia.** Estos últimos elementos expresan la voluntad de la actual legislación penitenciaria española de limitar las facultades de la Administración, en términos que permitan superar la concepción del tratamiento penitenciario como una relación autoritaria de sujeto-objeto, para propiciar otra más democrática de diálogo entre sujetos (el interno se concibe como sujeto

que participa), y de forma que no escapen al Poder Judicial, con su garantía de imparcialidad, las importantes decisiones de las que depende la gravedad y la duración misma de la pena.

40 Dispone a este respecto el art. 90, 7 que «el juez de vigilancia penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada».

41 En cuanto a los **criterios** que han de inspirar la individualización penitenciaria, deberían partir de los fines primordiales que la Constitución y el art. 1 LOGP y RP atribuyen a las instituciones penitenciarias, aparte de la función y límites que corresponde a la ejecución de la pena dentro del sistema global del Derecho penal. De todo esto se sigue que la individualización penitenciaria debe orientarse a la **resocialización** del penado, en la medida en que ello sea necesario, lícito y posible, y sin descuidar las demás exigencias de **prevención general y especial** ni los **límites** que éstas deben respetar en un Estado social y democrático de Derecho. Entre ellos destaca en la fase penitenciaria el **principio de humanidad**, tanto como el de una **concepción democrática** de la resocialización.

42 En el centro del proceso de individualización se halla el **tratamiento** que se considera adecuado a cada penado. Tomémoslo como ejemplo y veamos los **sujetos** a quienes corresponde decidirlo y los **criterios** en que ha de inspirarse. Según el art. 69 LOGP, «las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados de especialistas», pertenecientes a la Administración penitenciaria. Existe, además, una Central de Observación destinada a asesorar a los equipos de observación y a estudiar los casos especialmente complejos (art. 70 LOGP). Pero asimismo se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento (art. 61 LOGP). Por último, el Juez de Vigilancia ha de resolver los recursos que se presenten sobre clasificación inicial y progresiones o regresiones en grado (art. 76, 2 f). Contra su resolución de tales recursos cabe a su vez recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (disposición adicional 5ª, 2).

43 Respecto a este recurso de apelación, la LO 7/2003 añadió un nuevo apartado 5 a la citada disposición adicional: «5. Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá *efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado* hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.—Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.»

44 En cuanto a la **finalidad del tratamiento**, ya se mencionó más arriba: «hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley, así como de subvenir a sus necesidades». Los principios que han de regir el tratamiento son los siguientes: a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, en orden a un enjuiciamiento global de la misma; b) guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, para lo que se tendrán en cuenta tanto los aspectos mencionados, como la actividad delictiva y los datos ambientales, familiares y sociales, del penado; c) será individualizado, con una variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales; d) será, por tanto, complejo, con integración de los diversos métodos indicados;[16] e) será programado, con fijación de un plan general y distribución de funciones; f) será continuo y dinámico, dependiendo de la evolución de la personalidad del interno (art. 62 LOGP).[17]

45 La legislación vigente toma en cuenta también, como criterio que condiciona importantes decisiones relativas a la individualización penitenciaria, la **buena o mala conducta** del penado durante el cumplimiento de su condena. Dicha conducta no sólo afecta al régimen disciplinario, sino también a la posible concesión de la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios de los art. 205 y 206 RP. Ello ha sido objeto de discusión en la doctrina, una parte de la cual entiende que la buena conducta carcelaria no es necesariamente manifestación de la resocialización del interno.[18]

46 Las atribuciones que, en concreto, señala el art. 76 LOGP al **Juez de Vigilancia** son las siguientes:

47 «a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores. b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan. c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena. d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días. e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias. f) Resolver en base a los estudios de los

16. Este planteamiento multidisciplinar del estudio de la personalidad como factor de individualización de la pena se aconseja desde hace tiempo: cfr. sobre la cuestión Mir Puig, RJCat 1972, pp. 294 ss.

17. Se acoge, así, el esquema cibernético de la «regulación», que atiende continuamente a los resultados que se van consiguiendo, y no al modelo de la «conducción», el cual supone una programación cerrada de antemano. Es válido, pues, para nuestro Derecho el planteamiento de Calliess, Theorie, pp. 17 a 27. Cfr. Mir Puig, Introducción, pp. 37 ss.

18. Cfr. Quintano, Comentarios, p. 420. Más matizadamente Del Toro, Comentarios, II, pp. 543 s.

Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones en grado. g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos. h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal. i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado. j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento».[19] Sobre las posibilidades de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, ver la disposición adicional 5ª de la LOPJ.

48 Finalmente, en cuanto a las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea, dispone el nuevo **art. 94 bis CP** que «[a] los efectos previstos en este Capítulo, tendrán el mismo valor que las impuestas por los jueces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español.»

19. Manzanares, REP 1981, pp. 30 s., entiende que las atribuciones que confiere el art. 76 LOGP al Juez de Vigilancia le asignan una doble función, no sólo de judicialización de la ejecución, sino también de garantía del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios: cfr. loc. cit., pp. 12 ss. En este mismo sentido, cfr. Alonso de Escamilla, Juez de Vigilancia, pp. 162 ss.

Lección 33.
EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SUS EFECTOS

Bibliografía

Alonso Rimo, Los efectos extintivos del perdón del ofendido, en AA.VV., Estudios jurídicos en memoria del Prof. J. R. Casabó, 1997, pp. 61 ss.; *el mismo*, Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido, 2002; *Baeza Avallone*, La rehabilitación, en Cobo (dtr.), Comentarios a la legislación penal, V 1º, 1985, pp. 565 ss.; *Bueno Arús*, La cancelación de antecedentes delictivos en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP, en RFDUC monográf. 6 (1983), pp. 137 ss.; *Camargo Hernández*, La rehabilitación, 1960; *Cardenal Montraveta*, Constitución y prescripción de la pena, en Mir/Corcoy (dirs.)/Hortal (coord.), Constitución y sistema penal, 2012; *García del Blanco*, La prescripción del delito. Comentario a la STS 63/2005, de 14 de marzo, en Re. Europea de Derechos Fundamentales, nº 5, 2005, pp. 177 ss.; *Gili Pascual*, La prescripción en el derecho penal, 2001; G*ómez Benítez*, La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias, RFDUC nº 64, pp. 25 ss.; *Gómez de la Escalera*, El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales, ADPCP 1995 (Fasc II), pp. 465 ss.; G*ómez Pavón*, La prescripción del delito en el CP, en AA.VV., Estudios de Derecho penal y criminología, UNED, 1989, t. I, pp. 369 ss.; *González Cuéllar*, La cancelación de los antecedentes penales, RFDUC monográf. 6 (1983), pp. 351 ss.; *González Cussac*, Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales (a propósito de la STC 63/2005), en Rev. jurídica de la Comunidad Valenciana, 2005; *González Rus*, El perdón en los delitos sexuales: una institución carente de fundamento, en Rev. Fac. Derecho Univ. Granada, 1984, pp. 41 ss.; *González Tapia*, La prescripción en el Derecho penal, 2003; *Grosso Galván*, Los antecedentes penales: rehabilitación y control social, 1983; *el mismo*, Los antecedentes delictivos: su cancelación tras la Ley de Reforma Urgente y Parcial del CP, Documentación Jurídica, monográf. 1, vol. 1 (1983), pp. 267 ss.; *Guzmán Dalbora*, Crímenes internacionales y prescripción, Re. De Ciencias Sociales (Chile. Univ. Valparaíso), nº 49-50, 2004-2005; *el mismo*, La pena y la extinción de la responsabilidad penal, 2009; *Kostori*, Amnistía e indulto, 1978; *Lidón Corbi*, El perdón del ofendido, en Estudios de Deusto, XXXIII (1985), pp. 7 ss.; *Magaldi*, De nuevo sobre la interrupción de la prescripción de las infracciones penales: la STC 63/2005; *Manjón-Cabeza*, La cuestión de la interrupción de la prescripción y el enfrentamiento entre el TS y TC, Rev. Iltre Col. de Abogados de Lucena, 2008; *Medina Cepero*, El tratamiento procesal penal de la prescripción de delito, 2001; *Mir Puig*, La reincidencia en el CP, 1974; *el mismo*, Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto pasivo del delito de bigamia, en La Ley, 17 julio 1986, pp. 1 ss.; *Morillas Cueva*, Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, 1980; *Muñoz Ruiz*, Presente y futuro de la cancelación de los antecedentes delictivos, en CPC (112) 2014; *Olaizola Nogales*, La prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos, AP 1998-2, pp. 741 ss.; *Pedreira*, La prescripción de los delitos y de las faltas, 2004; *Prieto Rodríguez*, Hacia una reinterpretación de la prescripción penal, AP 1998-1, pp. 385 ss.; *Quintero/Muñoz Conde*, La reforma penal, 1983; *Ragués*, La prescripción penal: fundamento y aplicación, 2004; *el mismo,* La STC 63/2005: ¿una revolución en materia de prescripción penal?, en La Ley, nº 6269, 7/7/2005; *el mismo*, La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y

propuestas, en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *Rey González*, La prescripción de la infracción penal en el CP 1995, 2ª ed., 1999; *Rodríguez Ramos*, Prescripción del delito y derechos fundamentales, en La Ley, 5 abril 1988, pp. 1 ss.; *Roig Torres*, La cancelación de los antecedentes delictivos, 2012; *Segura/Osorio*, Prescripción y caducidad en el derecho penal, Economist-Jurist, set. 2004; *Serrano Gómez*, La prescripción del delito (tres cuestiones), 2003; *Silva*, ¿Cuándo se interrumpe la prescripción del delito?, La Ley 1999-6, pp. 1825 ss.; *Sobremonte Martínez*, Indulto y amnistía, 1980.

I. Extinción de la responsabilidad penal

1 1. El Título VII del Libro I CP se refiere a la «Extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos». En su Capítulo I se contienen las «causas que extinguen la responsabilidad criminal». Se advierte la utilización de una terminología unitaria para referirse al deber de someterse a las consecuencias penales del delito y a la obligación de responder civilmente del mismo. Se habla de «extinción de la responsabilidad penal» de la misma forma que en el Código civil se regula la «extinción de las obligaciones» (Cap. IV del Tít. I del Libro IV CC). En ambos casos se entiende que deja de existir una obligación previamente contraída. Si las eximentes previstas en los arts. 19 y 20 CP impiden el *nacimiento* mismo de la responsabilidad penal (la ley habla de «circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal»), las causas de extinción que ahora contemplamos ponen *punto final* al deber de responder penal o civilmente, que había existido hasta su concurrencia. Las causas que extinguen la responsabilidad penal presuponen, pues, la comisión de un hecho punible, entendiendo por tal un hecho típicamente antijurídico y personalmente imputable en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad.

2 Si concurre en el hecho alguna **excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena** (como el parentesco del art. 268 CP o la inviolabilidad del Jefe del Estado en el art. 56, 3º Constitución),[1] no nace ya la responsabilidad penal.[2] Si falta una mera **condición de procedibilidad** (cfr. supra, Lec. 6) no resulta afectada la presencia de un hecho punible, pero la responsabilidad penal no puede llegar a hacerse efectiva porque se niega la posibilidad de enjuiciamiento procesal del hecho. En cambio, las causas de extinción de la responsabilidad penal obedecen, al menos en parte, a razones materiales.

3 2. Las causas de extinción de la responsabilidad penal enumeradas en el art. 130 CP son las siguientes: Muerte del reo, cumplimiento de la condena, remisión definitiva de la pena, indulto, perdón del ofendido cuando la ley así lo prevea, prescripción del delito y prescripción de la pena. Unas presuponen la imposición de la pena —como el cumplimiento de la condena, la remisión

1. Sobre estos conceptos cfr. supra, Lec. 5, III 3.

2. En el caso del desistimiento voluntario de la tentativa —que por un sector de la doctrina se considera causa de exclusión o levantamiento de la punibilidad (cfr. supra, Lec. 13, VI 2)— se excluye una responsabilidad penal que ya había nacido con el inicio de la ejecución, pero con un carácter provisional, pendiente de que el autor prosiguiera o no impidiera voluntariamente la ejecución.

definitiva de la pena y la prescripción de la pena—, pero alguna sólo puede operar antes de la condena —la prescripción del delito—, y otras pueden concurrir tanto antes como después de la misma —como el indulto—.[3]

No cabe, pues, entender que la responsabilidad penal que se extingue presu- **4**
ponga su declaración judicial, sino que hay que admitir que el CP parte de que la responsabilidad penal nace con la comisión del hecho punible. Cuestión distinta es la de que dicha responsabilidad sólo puede *comprobarse y desplegar efectos* mediante el proceso penal.[4]

A) La **muerte** del sujeto del delito puede tener lugar antes o después de su **5**
condena. Se ha señalado, no obstante, que dicho sujeto no puede considerarse «reo» hasta que se le condena, por lo que la causa prevista en el nº 1 del art. 130 CP sólo sería aplicable a partir de dicho momento.[5] Ahora bien, cabe interpretar que la muerte del posible reo extingue no sólo la acción penal, sino también la posible responsabilidad penal que pudiera haber nacido, si lo cometió, del hecho punible.

Que en puridad sería *posible* considerar subsistente la responsabilidad penal del sujeto **6**
tras su muerte, lo demuestra no sólo la existencia de frecuentes ejemplos históricos de penas impuestas a cadáveres, sino también el antecedente próximo del CP 1870, cuyo art. 132 proclamaba la subsistencia de la responsabilidad penal pecuniaria del sujeto fallecido tras su declaración.[6] El art. 130, 1º CP excluye la posibilidad de transmitir a los herederos toda posible responsabilidad penal, personal o patrimonial, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil (art. 115 LECr, 105 anterior CP). Todo ello es consecuencia del **principio de personalidad** de las penas, característico del Derecho penal actual (cfr. *supra*, Lec. 3, IV 2).[7]

B) El **cumplimiento de la condena** extingue también la responsabilidad **7**
penal según el art. 130, 2º CP. Siendo innecesaria, por obvia, la mención de esta causa —que no se preveía en el Código penal de 1932—, manifiesta la mentalidad civilista que inspira esta materia. También el art. 1156, 1º CC declara que las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento.[8] Parece traslucirse la idea de que la responsabilidad penal es como una deuda que se paga y extingue con el cumplimiento de la pena.[9] Tal asociación debe considerarse desafortunada desde el prisma de la Política criminal moderna.

---

3. Cfr. Antón, PG, p. 568; Cuello Calón, PG, p. 771.
4. En contra Del Toro, Comentarios, II, pp. 617 ss.
5. Así Del Toro, Comentarios, II, p. 620, que en caso de fallecimiento anterior a la condena considera aplicable el art. 641, 2 de la LECr.
6. Cfr. Cuello Calón, PG, pp. 771 s.
7. Cfr. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 949; Antón Oneca, PG, pp. 568 s.; Bustos/Hormazábal, PG, p. 227.
8. Señala el paralelismo Del Toro, Comentarios, II, p. 624.
9. Cfr., aludiendo a Silvela, Cuello Calón, PG, p. 773; Landrove, Consecuencias, p. 125.

8 El cumplimiento de las penas privativas de libertad no se alcanza con la obtención de la **libertad condicional**. Ésta constituye el último grado de la condena en el sistema de individualización previsto por la LOGP (art. 72,1).[10]

9 Para el «cumplimiento de la condena» no es preciso, sin embargo, que se cumpla la parte de la condena referida a las costas ni la que declara la responsabilidad civil.[11]

10 C) La LO 15/2003 incluyó entre las causas de extinción enumeradas por el art. 130, en su nº 3º, de la «**remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 85.2 de este Código**». Se trata del supuesto en que, habiéndose decretado la **suspensión de la ejecución de la pena**, transcurre satisfactoriamente el plazo de suspensión y se obtiene la remisión definitiva (art. 85, 2 CP). Antes de mencionarse expresamente esta causa de extinción, la doctrina incluía este caso entre los de cumplimiento de la condena,[12] lo que suponía entender que para el «cumplimiento de la condena» no era necesario en caso de suspensión del «cumplimiento de la pena».

11 D) El **indulto** puede extinguir también la responsabilidad penal (art. 130, 3º CP). Es manifestación del llamado **«derecho de gracia»**. Mediante el mismo se ha venido manteniendo la posibilidad de intervención del Soberano o, en cualquier caso, del Poder Ejecutivo en la esfera del *Ius puniendi*. Así concebido, el derecho de gracia constituye un vestigio de otro tiempo, en que el Derecho penal, como su aplicación judicial, correspondía al Monarca. Pugna, en cambio, dicha facultad con la separación de poderes propia del Estado de Derecho, en que corresponde al Poder Legislativo decidir cuándo procede y cuándo no la intervención del Derecho penal, y se reserva al Poder Judicial la aplicación de las normas en que ello se concreta.[13] Es cierto que, como se ha aducido, la gracia puede, por una parte, resultar conveniente en determinados momentos para la política general de un país y, por otra parte, servir de correctivo de la ley aconsejado en el caso concreto por equidad o por razones político-criminales, tanto en el momento de imposición de la pena como durante su ejecución.[14] Sin embargo, ambas finalidades deberían compaginarse con la separación de poderes, reservándose la concesión general de la gracia y la valoración de su conveniencia política al Parlamento, y su ejercicio en casos concretos al Poder Judicial, con algún posible control por parte del Legislativo.

---

10. Cfr. Cuello Calón, PG, p. 773.
11. Cfr. Del Toro, Comentarios, II, p. 624.
12. Cfr. Antón, PG, p. 568, que cree posible considerar el plazo de suspensión como de cumplimiento por su sentido de «sanción moral de advertencia y amenaza»; Cuello Calón, PG, p. 774; Landrove, Consecuencias, p. 125.
13. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 571; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 951; Landrove, Consecuencias, p. 126.
14. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 572; Cuello Calón, PG, pp. 775 s.

12 No es éste el criterio del Derecho vigente. Según el art. 62 i) de la Constitución, «corresponde al Rey» «ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales». Pese a la exigencia de regulación legal y a la prohibición de indultos generales, el «ejercicio del derecho» de gracia se atribuye al Rey.

13 El vigente CP 1995 dejó de incluir la **amnistía** entre las causas de extinción de la responsabilidad penal. El art. 112, 3º del anterior CP 1944 mencionaba no sólo el indulto, sino también la amnistía, «la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos». Se entendía que la amnistía no sólo extinguía la pena —como el indulto total—, sino que determinaba un olvido (según la etimología de «amnistía») del propio delito, con todos sus efectos. La consecuencia más característica de la amnistía era que suprimía los antecedentes penales y todos los efectos penales del recuerdo del delito.[15]

14 Durante el siglo XIX, y especialmente desde 1869 hasta 1939, se hizo frecuente uso de amnistías, que se concedían a través de leyes o disposiciones generales. Su motivación fue generalmente política. Así, por ejemplo, el advenimiento de la República y su posterior sustitución por el régimen de Franco determinaron amnistías de signo opuesto (14 abril 1931, 24 abril 1934, 21 febrero 1936, 27 noviembre 1938, 23 septiembre 1939).[16] La transición a la actual democracia motivó también varias disposiciones de amnistía (Reales Decretos-Leyes de 30 julio 1976 y 14 marzo 1977, y Ley 15 octubre 1977).

15 La Constitución de 1978 atribuye al Rey el ejercicio del derecho de gracia «con arreglo a la ley». Pues bien, no existía ninguna ley que regulase con carácter general las condiciones de la amnistía.

16 Habida cuenta de que la Constitución prohíbe la concesión de indultos generales (art. 62, i), se había señalado la incongruencia que suponía permitir, en cambio, hacer uso de la amnistía, de efectos más importantes.[17] Pero es difícil negar al *Parlamento* la posibilidad de lo que en definitiva puede verse como una forma de legislación derogatoria, con efectos retroactivos y temporales, de normas penales[18] que el propio Parlamento puede aprobar y derogar definitivamente. Lo que tal vez quiera conseguir la prohibición de los indultos generales —expresada a continuación de la atribución al Rey del derecho de gracia— es que el Poder Ejecutivo, al que hoy se asigna la concesión de indultos, pueda decidir con carácter general la concesión de gracia. Ello supondría que la amnistía debería concederse necesariamente por medio de Ley, Decreto-Ley o Decreto Legislativo.

17 El indulto extingue la pena, total (indulto total) o parcialmente (indulto parcial), pero no sus efectos.[19] No elimina, pues, los antecedentes penales.

---

15. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 573; Rodríguez Devesa, PG, p. 641. No obstante, los concretos efectos de la amnistía han variado según las diferentes disposiciones por las que se ha concedido, lo que dificulta una caracterización general de la institución. En algún caso, p. ej., la amnistía no ha extinguido totalmente la responsabilidad penal (23 dic. 1916): cfr. Del Toro, Comentarios, II, pp. 629, 642.

16. Cfr. más datos sobre las amnistías concedidas en Del Toro, Comentarios, II, p. 648, nota 86.

17. Cfr. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 952.

18. Cfr. siguiendo a Manzini, Kostori, Amnistía, p. 37. En el mismo sentido Silvela, El derecho penal, II, pp. 432 s.

19. Cfr. Antón Oneca, PG, p. 573.

18 Con anterioridad a la Constitución se concedieron tanto **indultos particulares** como **generales**. Mientras que los primeros se refieren a personas concretas, los segundos afectan a todos los sujetos de determinada clase de delitos. Los indultos generales han sido prohibidos, como se dijo, por la Constitución. En el régimen franquista se había hecho un uso abundante de esta clase de indultos, que había sustituido prácticamente a las amnistías.[20] Los indultos particulares pueden proceder de una solicitud del Tribunal sentenciador, según lo indicado por el art. 4, 3 CP (cfr. *supra*, Lec. 4, II 3 B), y del Juez de Vigilancia durante la ejecución de la pena (beneficio penitenciario del art. 206 RP: cfr. supra, Lec. 32, III, B). La Ley de indulto de 18 junio 1870 (modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero) prevé otras vías de solicitud, que alcanzan a cualquier persona.

19 La ley de 1870 regula los pormenores, materiales y procesales, del indulto particular. Mas a partir de la Constitución cabía cuestionar que dicha normativa resultara suficiente. Ya se ha dicho *supra* que el derecho de gracia debe, según el art. 62, i) de la Constitución, ejercerse por el Rey «con arreglo a la ley». Pues bien, sucede que la ley de indulto de 1870 fue derogada el 9 de agosto de 1873 y, luego de varias vicisitudes, fue «restablecida» por vía de Decreto, el 22 de abril de 1938.[21] La regulación contenida en la ley de 1870 sólo puede pretender, pues, la jerarquía propia del Decreto mencionado. Si se entiende, como parece plausible, que la Constitución exige rango formal de «ley» para la regulación del derecho de gracia, era necesaria una nueva norma que, con tal rango, diera verdadera base legal al ejercicio del derecho de gracia. La Ley de 14 enero 1988 tiene el rango necesario para ello.

20 E) Según el art. 130, 5º CP, el **perdón del ofendido** extingue la responsabilidad penal «cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea.— El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.— En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.— Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.»

21 En el CP anterior el perdón del ofendido era eficaz en principio en los delitos sólo perseguibles mediante **querella** o **denuncia** de aquél (anterior art. 112, 5º). Pero ya en dicho Código —desde 1983— se habían excluido ciertos delitos sexuales que requerían denuncia previa de la posibilidad de que en ellos el perdón del ofendido extinguiese la responsabilidad penal (así anterior art. 443).

---

20. Cfr., con enumeración de los indultos generales concedidos en dicho período, Del Toro, Comentarios, II, p. 628, nota 4.

21. Cfr. Diccionario de Legislación, Aranzadi, 1951-66, nº 10552.

Uno de los objetivos del cambio era, sin duda, evitar indeseables presiones sobre la víctima (por ejemplo de una violación) para obtener su perdón. En cualquier caso, ya no era verdad que el perdón del ofendido tuviese este efecto en todos los delitos perseguibles sólo mediante querella o denuncia de parte.

22 El CP actual confirma con carácter general que el perdón no es eficaz en todos los delitos que requieren querella o denuncia, sino sólo «cuando la ley así lo prevea». En realidad, la eficacia del perdón se afirma en menos casos: art. 201, 3, en los delitos contra la intimidad, el derecho a la imagen y la inviolabilidad del domicilio; y art. 215, 3 en los delitos contra el honor.

23 F) La **prescripción del delito** y la **prescripción de la pena** son las últimas causas de extinción de la responsabilidad penal en sentido estricto previstas en el art. 130 (6º y 7º). La primera supone el transcurso de un plazo determinado tras la comisión del delito, sin que éste sea juzgado; la segunda, el transcurso de cierto tiempo tras la imposición de la pena, o tras una interrupción de su cumplimiento, sin que se cumpla. La LO 15/2003 ha añadido a la mención por el art. 130, 7º de la prescripción de la pena la prescripción de las medidas de seguridad, que no constituye una forma de extinción de la responsabilidad penal en sentido estricto porque las medidas de seguridad no son penas. Sobre esto volveremos más abajo.

24 El **fundamento** de la prescripción se halla en parte vinculado a la falta de necesidad de la pena tras el transcurso de cierto tiempo **(fundamento material)**, y en parte a las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo **(fundamento procesal)**. Este segundo aspecto sólo afecta a la prescripción del delito.[22] En ésta puede también jugar un papel la consideración de las expectativas que crea en el sujeto la falta de persecución del hecho durante un determinado plazo.

25 Ello influye en la desaparición de la **necesidad de la pena**, que en ambas clases de prescripción se produce, por lo demás, cuando se oscurece o apaga el recuerdo del delito y el sentimiento de alarma que en su día pudo producir, y el tiempo transcurrido ocultándose de la Justicia y con la amenaza pendiente de la pena parece ya suficiente castigo —todo ello puede hacer innecesaria la prevención general—, especialmente si el delincuente no ha vuelto a delinquir, tal vez demostrando una verdadera reinserción social —lo que eliminaría la necesidad de prevención especial.

26 La prescripción, sea del delito, sea de la pena, responde a razones que hacen desaparecer la necesidad de pena, aunque en la prescripción del delito se añadan consideraciones procesales, deberá reconocerse a ambas clases de prescripción una **naturaleza material** y no de *mero*

22. En este doble fundamento se basa la concepción mixta (substantivo-procesal) de la prescripción del delito: cfr. Jescheck, Tratado, pp. 1238 s.

obstáculo procesal.[23] Dos consecuencias prácticas importantes se desprenden de este significado material de la prescripción. Por una parte, puesto que se ha extinguido la responsabilidad penal, ha de absolverse al reo si procede la prescripción, aunque ésta no se hubiera alegado como artículo de previo pronunciamiento antes del juicio oral (art. 666, 3º LECr).[24] Por otra parte, las modificaciones legislativas de los plazos o condiciones de la prescripción serán irretroactivas si perjudican al reo y retroactivas si le son favorables.[25] Si la regulación de la prescripción tuviese sólo carácter procesal, sus modificaciones podrían considerarse siempre retroactivas.

27 Es difícil negar la naturaleza material, y no procesal, de la prescripción de la pena, puesto que se produce con posterioridad al proceso, pero un sector doctrinal y jurisprudencial sostiene la naturaleza meramente procesal de la prescripción del delito.[26] Ahora bien, sería absurdo que el transcurso del tiempo no pudiera extinguir nunca materialmente la responsabilidad penal si tuviera lugar antes de la condena y sí, en cambio, una vez impuesta la pena. Se impone, pues, un planteamiento unitario, sin perjuicio de admitir matices diferenciales de ambas clases de prescripción.

28 Los **plazos** fijados para la prescripción son más breves si el delito no ha sido aún juzgado (prescripción del delito) que si la pena ya ha sido impuesta (prescripción de la pena). Según el art. 131 CP, en el primer caso **(prescripción del delito)** los plazos son los siguientes:

29 — veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

30 — quince años, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión por más de diez años y menos de quince, o inhabilitación por más de diez años.

31 — diez años, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y no exceda de diez.

32 — cinco años en los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.[27]

---

23. Cfr. en este sentido Morillas, Prescripción, p. 43; Del Toro, Comentarios, II, p. 677; Muñoz Conde, Adiciones, pp. 1244; s.; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 955 s..

24. Cfr. así Del Toro, Comentarios, II, pp. 670, 672; Muñoz Conde, Adiciones, p. 1245. En contra la jurisprudencia tradicional del TS: así SSTS 27 en. 59 y 26 abr. 61. Cfr. sobre esto Del Toro, loc. cit., Morillas, Prescripción, p. 39.

25. Así Muñoz Conde, Adiciones, p. 1245; Morillas, Prescripción, p. 58; Mir Puig, La Ley, 17 julio 1986, pp. 1 ss. En contra, por lo que se refiere a las prolongaciones de los plazos de prescripción producidas antes de obtenida la misma, Antón Oneca, PG, p. 577 (cita STS 30 jun. 34).

26. El CP 1870 concibió la prescripción del delito desde un prisma procesal, lo que originó una jurisprudencia en dicho sentido. El CP 1928 habló incluso de «prescripción de la acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos», dejando claro que lo que prescribía era la acción procesal y no el delito. La redacción del art. 112, 6º del Código anterior supuso un cambio de rumbo que el TS no comprendió y que no le impidió seguir concibiendo la prescripción del delito como mero obstáculo procesal y condicionando su operatividad a su alegación como artículo de previo pronunciamiento con arreglo al art. 666, 3º LECr. Desde la STS 30 nov. 63 la jurisprudencia mayoritaria parece haber cambiado de criterio: cfr. Morillas, Prescripción, p. 39.

27. Introducido por LO 5/2010

33 Una de las más importantes novedades de la LO 5/2010 en materia de prescripción del delito viene representada por la **ampliación del plazo de prescripción** de los delitos menos graves con pena máxima inferior a tres años de prisión o inhabilitación.[28] Hasta la LO 5/2010, el plazo de prescripción previsto para tales delitos era de **tres años** (art. 131, párr. 5º CP), pasando, como consecuencia de la reforma, a **cinco años.** De este modo, con la excepción de los delitos leves y los de injurias y calumnias, que siguen prescribiendo al año, el plazo mínimo de prescripción de las infracciones penales **deja de ser de tres años, y pasa a ser de cinco**.

34 Este cambio desplegará importantes consecuencias en relación con algunos delitos de enorme trascendencia práctica, como, por ejemplo, la **estafa** o la **apropiación indebida**. Hasta la LO 5/2010, estos delitos venían prescribiendo a los **tres años**, salvo que concurriera alguno de los elementos típicos accidentales previstos en el art. 250 CP, o se tratase de un delito continuado, en cuyo caso el plazo de prescripción podía alcanzar los **cinco años**. La razón fundamental que impulsa a la LO 5/2010 a extender a los delitos que venían prescribiendo a los tres años el plazo de prescripción de los cinco no es otra que la voluntad de revertir la **sensación subjetiva de impunidad y desconfianza hacia la Administración de Justicia** que despiertan en la colectividad los casos de aquellos delitos que, debido a la complejidad que suele entrañar su investigación, en ocasiones prescriben con anterioridad a que se haya iniciado su averiguación y posterior persecución.[29]

35 Esta justificación, sin embargo, **no** resulta **plenamente compartible**. Puede aceptarse sin reparos que, en ocasiones, el descubrimiento o investigación de los hechos que constituyen el substrato fáctico de algunas de las constelaciones delictivas referidas por el Preámbulo (delitos urbanísticos, algunos delitos contra la Administración Pública) puede resultar extremadamente complejo. Si a ello se suma que tales delitos no siempre vienen acompañados de penas

---

28. Sobre ésta y otras novedades de la LO 5/2010 en materia de prescripción del delito vid. Hernández García, "La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las penas", en Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 121 ss.

29. En palabras del Preámbulo de la LO 5/2010: "El replanteamiento del régimen procesal de la prescripción en los términos expuestos aconseja también revisar algunos aspectos de su regulación sustantiva. La impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, ha redundado en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años". En idénticos términos se expresó el Dictamen de la Comisión de Justicia al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, aprobado por el Congreso de los Diputados el 29 de abril de 2009. Vid. Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación permanente), año 2010, IX Legislatura, nº 160, sesión nº 151, p. 4.

particularmente gravosas, la consecuencia será que el plazo de prescripción de los mismos resulta, ocasionalmente, considerablemente escaso. Sin embargo, que ello suceda en ocasiones **no** significa, en modo alguno, que lo haga **siempre**. Es obvio que no todos los delitos con pena de prisión inferior a tres años consisten en infracciones «cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados». Piénsese, por ejemplo, en los delitos de lesiones previstos en los arts. 147 y 152, 1º, hurto (art. 234), violencia de género (art. 153.1, 171,4, 172,2), amenazas (art. 169 ss.), coacciones (art. 172), daños (art. 263 ss.) y un largo etcétera de **delitos cuya instrucción normalmente no adolecerá de una particular complejidad.** Todo ello debería conducir, como es lógico, a la **previsión de plazos específicos de prescripción, más amplios, para tales constelaciones delictivas**, sin que dicha ampliación de plazos deba alcanzar a delitos que en absoluto participan de tales particularidades. De lo contrario, la extensión del plazo de prescripción de cinco años a todos los delitos con pena de prisión inferior a cinco años provocará la aplicación del **mismo plazo de prescripción a delitos de complejidad y gravedad muy diversa**.[30]

36 Si la pena señalada es compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas mencionadas.

37 Según el art. 131, 5, introducido por la LO 5/2010, "en los supuestos de **concurso de infracciones** o de **infracciones conexas**, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave".

38 En el caso de concurso de infracciones, la nueva regla de determinación del plazo de prescripción en los casos de concurso de infracciones constituye la plasmación legal de un **consolidado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo.** De acuerdo con dicho criterio, en los supuestos de referencia el **plazo de prescripción de los delitos en concurso** será único. Concretamente, el **plazo correspondiente al delito de la relación concurso para el que esté prevista pena más grave.** Aunque la jurisprudencia no lo señala de forma expresa, de la propia lógica del criterio jurisprudencial que nos ocupa que **también el *dies a***

30. Contraviniéndose, de este modo, el espíritu del propio preámbulo de la LO 5/2010 y del art. 131, 1. No en vano, el propio Consejo de Estado ya ha llamado la atención sobre tal extremo, afirmando en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, lo siguiente: "Esta elevación no guarda relación con las penas fijadas en el Código Penal para un buen número de conductas, cuyas penas son inferiores a los tres años (por ejemplo, entre los delitos que se modifican por el Anteproyecto, los delitos de estafa y de daños). Desde la perspectiva de la proporcionalidad inherente al Derecho Penal, podría llegar a cuestionarse esta elevación del período de prescripción que se aplica a gran parte de los delitos, pues no existe una correlación precisa entre el reproche penal fijado por el legislador y el tiempo durante el que es posible proceder a la persecución penal del ilícito en sí mismo considerado". Vid. Consejo de Estado, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 125.

quo, esto es, el día en que debe entenderse cometido el delito a los efectos de dar inicio al cómputo del plazo de prescripción del conjunto delictivo, es único, y se corresponde con el momento de consumación del delito que tiene asignada pena más grave.[31]

39 Según la jurisprudencia, la razón por la que en los casos de concurso de delitos el plazo de prescripción debe ser único y común para todas las infracciones en concurso reside en el hecho de que en tales supuestos se produce **una unidad delictiva** entre los diferentes delitos en concurso, de tal modo que separarlos para determinar la prescripción o no de cada uno de ellos por separado resultaría completamente artificioso.[32] No obstante, puede advertirse fácilmente cómo la línea jurisprudencial que acaba de ser expuesta no se refiere, en realidad, a todas las modalidades de concurso de delitos. **Sólo se alude al concurso medial e ideal de delitos**, no, en cambio, al concurso real de infracciones. Este hecho resulta coherente con el argumento relativo a la unidad delictiva del conjunto de infracciones, que por principio brilla por su ausencia en los casos de concurso real. Y también con el criterio del plazo de prescripción único correspondiente al delito más grave, ya que el mismo se corresponde con la **regla de la exasperación de la pena** prevista para los casos de concurso medial e ideal de delitos en el art. 77, 2. Puesto que en tales supuestos la pena aplicable es la correspondiente a la mitad superior de la prevista para el delito más grave, el Tribunal Supremo entiende que el plazo de prescripción del conjunto concursal será, en coherencia con dicho criterio, el correspondiente al delito más grave, a computar desde el momento en que tenga lugar su consumación.

40 El nuevo art. 131, 5, al convertir dicho criterio en derecho positivo, resuelve el **grave problema de legalidad** que planteaba el hecho de que en los mencionados

---

31. Veamos con un ejemplo a qué viene conduciendo en la práctica la aplicación práctica de esta regla. En un caso de falsificación documental realizada el 1 de enero de 2010, con posterior utilización del documento falsificado para cometer una estafa el 1 de enero de 2016, esto es, 6 años más tarde, la prescripción del delito de falsedad documental y la del delito de estafa no se producirá de forma separada, sino conjuntamente, tomándose como plazo de prescripción del conjunto delictivo el de cinco años previsto (de acuerdo con el nuevo art. 131.1 CP) para la estafa, por ser dicho delito el más grave de los dos en concurso, y como *dies a quo* para los dos delitos el 1 de enero de 2016, fecha de consumación de la estafa. De este modo, no solo la estafa, sino también la falsedad documental, esto es, el conjunto delictivo formado por el concurso medial de delitos entre la falsedad documental y la estafa, prescribirá el 1 de enero de 2021.

32. Claramente expresivas de este punto de vista es, por ejemplo, la STS 706/07, 6-6, en la que se encuentra la siguiente fundamentación a la tesis de la unidad de plazo de prescripción en los supuestos de concurso de delitos: "[l]a unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto".

casos de concurso ideal o medial de delitos, la jurisprudencia estableciese, en contra de reo, un plazo de prescripción no previsto legalmente: el correspondiente al delito más grave. Como ya se ha mencionado de forma repetida, en el Código penal en vigor, el plazo de prescripción del delito se encuentra determinado en el art. 131, 1 en función de la mayor o menor gravedad de la pena prevista para el delito, esto es, en función de la mayor o menor gravedad de la infracción. Hasta la llegada de la LO 5/2010, las únicas excepciones a los plazos previstos en dicho precepto eran las que se encontraban recogidas en los restantes apartados del art. 131 para las faltas (art. 131, 2), los delitos con pena compuesta (art. 131, 3) y los ya mencionados delitos imprescriptibles de lesa humanidad, genocidio y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 131, 4). En lo relativo a la determinación del *dies a quo*, las reglas se encuentran previstas en el art. 132, 1, aunque únicamente para los casos de delito instantáneo, permanente, de estado y continuado. **Ninguna regla se encontraba, en cambio, en relación con los supuestos de concurso de delitos.** De este modo, hasta la entrada en vigor del nuevo art. 131, 5, la regla que ahora nos ocupa constituía un claro ejemplo de **analogía *in malam partem***. Analogía porque la regla no se hallaba prevista en la Ley, aunque se aplicaba por la supuesta existencia de una similitud entre los casos de concurso de delitos con los de **delito continuado**. E *in malam partem* porque la aplicación de este criterio conducía, de hecho, a una **prolongación del plazo de prescripción del delito menos grave previsto en el art. 131, 4.**[33]

41 Ello no obstante, el nuevo art. 131, 5 puede resultar problemático por diversas razones. En primer lugar, debe advertirse que la alusión a los "supuestos de concurso de infracciones" resulta lo suficientemente amplia como para comprender en su tenor literal posible no sólo los casos de concurso ideal o medial de delito, sino también los de **concurso real de delitos**. Sin embargo, es evidente que el fundamento material de la regla del art. 131, 5, la supuesta existencia de una unidad delictiva, podría concurrir en los casos de concurso medial o ideal, pero **nunca en los de concurso real**. Como es sabido, en esta clase de concurso de delitos se produce una pluralidad de hechos que dan lugar a una pluralidad de delitos. Debido a ello, carecería de todo sentido no computar los plazos de prescripción de cada uno de los delitos en juego por separado. Con otras

33. Este último efecto puede comprobarse fácilmente con apoyo en un ejemplo. En un caso de falsificación documental realizada el 1 de enero de 2004, con posterior utilización del documento falsificado para cometer una estafa el 1 de enero de 2008, la aplicación de la regla que ahora nos ocupa conducía a afirmar que ninguno de los dos delitos en juego, ni el final (estafa) ni el medio (falsedad documental) se encontraban prescritos. Ambos prescribían de forma conjunta (con el plazo de tres años vigente hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010 para el tipo básico del delito de estafa) el día 1 de enero de 2011. Con la aplicación de dicha regla, el plazo de prescripción actualmente previsto para el delito de falsedad documental *ex* art. 131.1 CP, esto es, el de tres años, se veía sensiblemente prolongado (hasta los siete) sin la existencia de un precepto legal habilitante para ello.

palabras: si lo que justifica la existencia de un plazo único de prescripción y de un único *dies a quo* (los correspondientes al delito más grave) en los casos de concurso de delitos es, desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —ahora transformado en el art. 131, 5—, la existencia de una **unidad de acción delictiva,** resulta incuestionable que tal unidad no concurre, en modo alguno, en los casos de concurso real de delitos.

42 La inclusión del concurso medial y el concurso ideal de delitos en el art. 131, 5 conduce a formular otro interrogante: ¿Realmente puede afirmarse que en los casos de **concurso medial de delitos** existe la unidad delictiva que presupone el precepto? Frente a las consideraciones del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica del concurso medial de delitos, según las cuales también en los casos de concurso medial de delitos se da unidad de acción entre el delito medio y el delito fin, debe afirmarse de forma decidida que **el concurso medial de delitos no es un concurso ideal, sino uno real**. Es cierto que el art. 77 dispone una regla de determinación de la pena común para el concurso ideal y el medial de delitos. Pero ello no significa que la naturaleza jurídica del concurso medial de delitos sea la propia del concurso ideal. Se trata, antes bien, de un caso de concurso real al que se aplica la regla de determinación de la pena para evitar un *bis in idem* parcial. En el concurso medial de delitos concurre una pluralidad de hechos que da lugar a una pluralidad de delitos, con la única particularidad de que los delitos se hallan en una relación medio-fin. Como es sabido, la existencia o no de unidad delictiva no puede decidirse de acuerdo con un criterio de carácter exclusivamente naturalístico, sino con apoyo en uno de **naturaleza valorativo-social**. De conformidad con un tal criterio, deberá partirse de la valoración social del hecho desde el punto de vista del contexto situacional o motivacional y preguntarse si, a partir de la misma, puede decirse que el hecho tiene una unidad de acuerdo con el sentido que el legislador ha querido dar al tipo correspondiente. Un ejemplo claro de unidad jurídica de acción es el **delito continuado**, para el que, como ya se ha indicado, el art. 132, 1 tiene prevista una regla específica para la determinación del *dies a quo*. Por todo ello, también en los casos de concurso medial de delitos, cada uno de los delitos en juego debe prescribir **por separado**.[34]

43 Ciertamente, teniendo en consideración la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de la que el art. 131, 5 trae causa, es previsible que el nuevo precepto sea aplicado por Jueces y Tribunales de tal modo que el mismo resulte extensible no sólo a los casos en los que más claramente concurre unidad de acción, esto es, los supuestos de concurso ideal de delitos, sino también a los casos de concurso medial. Sin embargo, resultaría en mi opinión ampliamente preferible una

34. De la misma opinión Ragués i Vallès, *La prescripción penal*, 2004, pp. 190 s.

interpretación restrictiva del precepto de referencia que dejase fuera del mismo todos los casos de concurso real de delitos (también, por tanto, los de concurso medial), y que se limitase a extender su ámbito de aplicación, por tanto, a los casos de **concurso ideal de delitos.**

44 En lo que se refiere a los **supuestos de conexidad delictiva**, el nuevo art. 131, 5 dispone, además, que "[e]n los supuestos de (…) **infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave**".[35] Según lo dispuesto en el art. 17 LECrim., «considérense delitos conexos: 1. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados».

45 Una primera lectura del precepto permite advertir ya que **en ninguno de los cinco casos de conexidad delictiva es necesaria,** ni siquiera indirectamente, **la existencia de una unidad de acción delictiva**, en el sentido exigido por la jurisprudencia y presupuesto por el nuevo art. 131, 5 para los casos de concurso de infracciones. Es obvio que la de los delitos conexos no es una categoría de naturaleza sustantiva, sino **procesal**, que responde a la conveniencia de que en determinados supuestos no se produzca un quebranto la llamada continencia de la causa. Pues bien: es igualmente evidente que tal conveniencia procesal, que persigue, asimismo, garantizar la correcta averiguación y posterior enjuiciamiento de los hechos, **nada tiene que ver con el fundamento de la prescripción del delito**. Esto es, la necesidad o no de pena de un hecho delictivo como consecuencia del transcurso de un determinado espacio de tiempo desde el momento en que se produce su consumación.[36]

46 De hecho, tan sólo en uno de los apartados del art. 17 LECrim., el 1º, se exige la existencia de **proximidad temporal** entre los diferentes delitos conexos en juego. Resulta perfectamente imaginable, por ello, que dos personas se

35. Negrita añadida.

36. No en vano, este punto de vista se encuentra avalado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sirvan como muestra de ello las SSTS 29-7-98, 12-5-99, 21-12-99 y 3-07-02. Tales resoluciones consideran inaplicable a los supuestos de conexidad delictiva el criterio según el cual en los casos de concurso medial de delitos el plazo de prescripción se corresponde con el del delito más grave, ya que "las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal".

pongan de acuerdo para cometer dos delitos, uno cada uno de ellos (art. 17.2 LECrim.), o que se cometa un delito para encubrir o garantizar la impunidad de otro (art. 17.4 LECrim.), y que los respectivos momentos de consumación de cada uno de ellos se encuentren tan separados en el tiempo que cuando se produzca la consumación del delito más grave, el plazo de prescripción del delito menos grave ya haya transcurrido. Así las cosas, ¿qué sentido tiene hacer revivir ese plazo de prescripción, o, si se prefiere, mantenerlo suspendido en el tiempo de forma indefinida, cuando parece evidente que, transcurrido el mismo, la necesidad preventiva de pena de la infracción ya habría desaparecido?[37]

47 En 1995 se introdujo la importante la excepción del **genocidio**, y la LO 15/2003 añadió las de los **delitos de lesa humanidad** y de los **delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado**: tales delitos «**no prescribirán** en ningún caso» (art. 131, 4). La LO 5/2010 **extiende el régimen de la imprescriptibilidad** a los **delitos de homicidio y asesinato terrorista** ("tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona"). Una interpretación sistemática de los **arts. 571 y 572, 1º** permite concluir que el resultado de muerte al que se refiere el nuevo art. 131, 4 es el causado por «[l]os que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública».

48 La técnica legislativa empleada por el legislador en el art. 131, 4 conduce a **importantes problemas prácticos**. Aunque la solución de la imprescriptibilidad de los delitos de referencia pueda resultar atendible desde consideraciones de necesidad preventivo-general de pena,[38] ello no significa, sin embargo, que

37. En idéntico sentido Ragués i Vallès, La prescripción penal, 2004, p. 192. De otra opinión Consejo Fiscal, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 73, que ya solicitó la inclusión en el Código penal de la regla que ahora nos ocupa, sobre la base de la doctrina sentada por las SSTS 966/2004, 21 de julio, y 312/2006, de 14 de marzo.

38. Sobre el fundamento de esta ampliación de la imprescriptibilidad del delito a tales infracciones, el Preámbulo de la LO 5/2010 señala lo siguiente: "[l]as modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el trascurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado". El argumento se halla, igualmente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia al Proyecto de Ley discutido en las Cortes. Vid., a este respecto, Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación permanente), año 2010, IX Legislatura, nº 160, sesión nº 151, p. 4. La justificación de la reforma realizada por el Preámbulo de la Ley es absolutamente circular. El Preámbulo se limita a apuntar la no concurrencia de la falta de necesidad de pena en el caso de los delitos ahora incorporados al art. 131.4 CP, argumentando "que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado", sin explicar, sin embargo, cuáles son tales características. Sigue pendiente de respuesta, por ello, la pregunta de por qué el homicidio o el asesinato, pese a tratarse de delitos extraordinariamente

todos los delitos que se encuentran en las correspondientes rúbricas merezcan ser declarados imprescriptibles. Piénsese, por ejemplo, en el delito de negación o justificación del genocidio (art. 607, 2), castigado con pena de prisión de uno a dos años,[39] o en el delito de orden o realización de actos contrarios a los Tratados Internacionales (art. 614), castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. A la vista de estas penas, en defecto de la previsión recogida en el art. 131, 4 los delitos de referencia prescribirían **a los cinco años**. La pregunta es, entonces, si atendiendo a la escasa gravedad de la pena prevista para ambos delitos, puede afirmarse, razonablemente, que tales infracciones son realmente merecedoras de ser declaradas imprescriptibles. La LO 5/2010 se ha mostrado **parcialmente sensible a esta eventualidad**. Ha excluido del conjunto de delitos imprescriptibles el delito del art. 614 CP, pero no, en cambio, el de genocidio (art. 607, 2).[40]

49 ¿Cuál es la **pena señalada por la Ley al delito**: la pena señalada al tipo abstracto del delito, o la concretamente imponible atendidas las circunstancias? Si se admite —como en esta obra— que la tentativa y las formas de participación son «delitos» distintos al consumado y del autor, es evidente que ha de atenderse a la pena que corresponda a cada una de estas figuras. Más discutible es la cuestión de si también deben tomarse en consideración las circunstancias modificativas. No, ciertamente, las que no determinan pena inferior en grado, puesto que el art. 131 no distingue según la extensión en que sea imponible la pena y en cambio alude a la «pena máxima» —expresión que parece referida al *marco penal* y no a la concreta extensión dentro del mismo—, pero sí parece justo tener en cuenta las que conduzcan a una pena inferior en grado (que constituye un *marco penal* distinto).[41] El problema será decidir qué pena tomar como base si la Ley permite elegir la pena inferior en uno o dos grados. El criterio adoptado por el art. 131 para las penas compuestas puede aconsejar optar por la pena más grave (inferior en un grado).

50 La **prescripción de la pena** (ya impuesta por sentencia firme) exige el transcurso de los siguientes plazos (art. 133, 1):

51 — treinta años, en penas de prisión por más de veinte años.

52 — veinticinco años, en penas de prisión de quince o más años sin que excedan de veinte.

---

graves, prescriben, y ello no sucede, en cambio, cuando tales delitos forman parte de los llamados "delitos de terrorismo".

39. En este sentido RAGUÉS I VALLÈS, La prescripción penal, 2004, p. 94.

40. Sobre la primera de estas dos decisiones, debe compartirse la opinión emitida por el CONSEJO FISCAL en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, según la cual "[l]a exclusión como imprescriptible del delito previsto en el artículo 614 del Código Penal, es coherente con la pena en abstracto dispuesta en el tipo reflejada en la escasa gravedad de la pena que podría dar lugar a la condena condicional". Es evidente que este argumento resulta perfectamente extensible al delito previsto en el art. 607.2 CP. La omisión en que incurre la LO 5/2010 en relación a este extremo constituye, por ello, un olvido difícilmente justificable.

41. Cfr. en favor de la pena concreta Antón Oneca, PG, p. 576; Del Toro, Comentarios, II, p. 608; Morillas, Prescripción, p. 55; STS 23 sept. 74. En contra STS 22 jun. 63.

— veinte años, en penas de inhabilitación por más de diez años y en las de prisión por más de diez y menos de quince. **53**

— quince años, en penas de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de diez, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de diez. **54**

— diez años, en las restantes penas graves. **55**

— cinco años, en penas menos graves. **56**

— un año, en las penas leves. **57**

También aquí se establece la importante excepción de que "las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona" (art. 133, 2). **58**

Según el art. 5, 1, CC, los plazos se computarán de fecha a fecha, y no contando los meses como de treinta días y los años de trescientos sesenta y cinco, como establecía el hoy derogado artículo 7 CC.[42] **59**

El término de la prescripción del delito empezará a correr «desde el día en que se haya cometido la infracción punible» (art. 132, 1 CP). El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse (art. 134 CP). **60**

El comienzo de la prescripción del delito depende de **cuándo se entienda cometida la «infracción punible»**. Ello puede resultar dudoso en los delitos que exigen la producción de un resultado separado. El Proyecto de 1980 (art. 105) y la Propuesta de 1983 (art. 109) decidían expresamente la cuestión diciendo que «el tiempo de prescripción del delito comenzará a correr desde el día en que se hubiere *consumado*», pues los delitos de resultado no se consuman hasta que se produce el resultado típico. En cambio, el actual CP deja abierta la cuestión al remitir al «día en que se haya cometido la infracción punible», puesto que ello deja sin decidir si la infracción punible ha de entenderse cometida en el momento de realización de la *conducta* o, por el contrario, en el de producción del *resultado*. La doctrina dominante es favorable aquí a la teoría del resultado,[43] aunque existen también razones en favor de la teoría de la actividad (cfr. *supra* Lec. 9/23 y 24). En los **delitos continuados** hay que esperar a la última infracción; en los **delitos permanentes**, a la cesación del estado antijurídico mantenido; y en las infracciones que exijan habitualidad, al momento en que cese la conducta (art. 132, 1, inciso segundo) —en cambio, en los delitos de estado, como la bigamia, la prescripción corre desde el momento inicial de la consumación—. El párrafo segundo del art. 132, 1 **61**

42. Cfr. Morillas, Prescripción, p. 57.
43. En este sentido, con matices, Morillas, Prescripción, p. 61.

(introducido por LO 14/1999 y modificado por LO 15/2003), añade: «En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento». Es discutible en qué momento empieza a correr el plazo para los partícipes y encubridores: si al mismo tiempo que el hecho del autor o a partir del acto de participación o encubrimiento. Respecto a los **partícipes** (inductores, cooperadores necesarios y cómplices), un sector de la doctrina invoca el principio de accesoriedad de la participación para sostener que no deben prescribir hasta que lo haga el hecho del autor.[44] Pero la solución ha de depender de si se adopta la teoría de la actividad o la teoría del resultado para determinar el comienzo del plazo de prescripción: si se acoge la teoría del resultado, parece correcto esperar a que la actuación del partícipe tenga como *resultado* la perpetración del hecho del autor; pero parece más coherente con la teoría de la actividad el atender al momento en que cada partícipe actúe. En la **tentativa** la prescripción empezará a correr cuando el sujeto realice el último acto ejecutivo —salvo que en la **autoría mediata** en que se utiliza a un instrumento que actúa con posterioridad al autor, habrá que optar entre el momento de actuación del autor mediato (teoría de la actividad) o el momento en que termine su intervención el instrumento (teoría del resultado).

62 ¿Puede **interrumpirse la prescripción del delito**? El art. 132, 2, procedente de la reforma operada por la LO 5/2010, establece que se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido (art. 132, 2) «cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena».[45] Según el art. 132, 2, 1ª «se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte **resolución judicial motivada** en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito».[46] Como puede comprobarse, la LO 5/2010 no recurrió —a diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural[47]— al empleo de un

---

44. Sobre todo lo anterior, cfr. Del Toro, Comentarios, II, pp. 685 ss.; Antón Oneca, PG, p. 577; Morillas, Prescripción, pp. 62 ss.

45. La LO 5/2010 ha sustituido el término *"culpable"* por la expresión *"indiciariamente responsable"*. Este cambio merece una valoración positiva. Como es lógico, cuando el Juez dirige el procedimiento contra alguien por primera vez, bien admitiendo a trámite una denuncia o querella presentada contra él, bien acordando la incoación de Diligencias Previas contra el mismo, bien citándole a declarar como imputado, es evidente que el destinatario de dichos posibles actos de dirección del procedimiento en modo alguno podría ser acreedor del calificativo de "culpable" del delito investigado. Aunque en Derecho penal el tenor literal posible del concepto *"culpabilidad"* es enormemente amplio, entendido en un sentido estricto el empleo del mismo en el contexto que ahora nos ocupa podría ser, al menos desde una perspectiva formal, difícilmente compatible con el principio de presunción de inocencia que ampara a todo imputado.

46. Negrita añadida.

47. Entre los países en los que la determinación de los actos con genuina eficacia interruptora de la prescripción ha sido asumida plenamente por el legislador, que suministra al intérprete una lista cerrada de actos procesales relevantes a este respecto cabe destacar, por ejemplo, a Italia (art. 160 Código penal italiano), Suiza (art. 72.2. Código Penal suizo), Alemania (§ 78c StGB) y Portugal (art. 121 Código

catálogo cerrado de actos procesales de dirección del procedimiento contra el culpable, generando, con ello, un considerable grado de inseguridad jurídica.[48]

63 La reforma acoge, en relación con este particular, el criterio sobre interrupción de la prescripción delito sostenido por la doctrina jurisprudencial sentada en las ya mencionadas SSTC 63/2005, 14 feb. y 29/2008, 20 feb. Dicha doctrina impugna la línea interpretativa del artículo 132, 2 CP auspiciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable al reconocimiento de eficacia interruptora a los actos de parte iniciadores del proceso. Así las cosas, de acuerdo con el nuevo art. 132, 2 CP, para el interrupción de la prescripción del delito no basta con la simple presentación de la denuncia o la querella, ni tampoco con su admisión a trámite a través de un auto judicial, sino que es necesario, al menos, que el Juez de Instrucción acuerde la apertura de la causa contra una persona determinada, o posteriormente le dirija el procedimiento de otro modo, por ejemplo mediante la correspondiente citación judicial para declarar como imputado. Es preciso un **acto judicial de dirección del procedimiento contra un sujeto determinado.** La necesidad de que la interrupción se produzca como consecuencia de una resolución **judicial** priva de toda capacidad interruptora del plazo de prescripción del delito, por ejemplo, a la **orden de detención que puede dictar el Fiscal.**[49]

64 En cuanto al **grado de determinación del sujeto** contra el que debe dirigirse el procedimiento para que se produzca la interrupción de la prescripción, el **nuevo art. 132, 2, 3ª** dispone que «a los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho». De tal regla pueden extraerse, al menos, **dos conclusiones**. La primera, que **no es precisa la determinación nominal del sujeto**, con lo que de inseguridad jurídica ello puede conllevar. La segunda, que la interrupción de la **prescripción no podrá alcanzar a sujetos ajenos a la organización** o grupo de personas a

Penal portugués). Vid. Consejo General del Poder Judicial, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 61; Consejo Fiscal, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 77.

48. Consejo General del Poder Judicial, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 62; Consejo de Estado, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 26.

49. Prevista en el art. 5 Ley 50/1981, 30-12, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. A favor de una regulación específica de tales actos, a efectos interruptores o suspensivos se muestra, sin embargo, Consejo de Estado, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 25.

quienes se atribuya el hecho y que, por tanto, no estuvieran determinados inicialmente.[50] Cabe preguntarse, no obstante, si con respecto a la llamada **criminalidad organizada**, la exigencia de determinación del indiciariamente responsable no es, acaso, exagerada. Piénsese, por ejemplo, en todas aquellas causas en las que la investigación avanza a través del dictado de resoluciones sustanciales que, sin embargo, todavía no consiguen determinar a determinados sujetos (por ejemplo, los encargados de la dirección del aparato de poder organizado), y que, por ello, en aplicación del criterio adoptado por la reforma, carecerían de efecto interruptor.[51]

65 No obstante, que la presentación de la denuncia o la querella carezcan de efectos interruptores de la prescripción del delito no significa que no puedan desplegar efecto alguno. Según el **nuevo art. 132, 2, 2ª**, «[n]o obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, **suspenderá el cómputo de la prescripción** por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia».[52] Como es sabido, la diferencia entre la interrupción y la suspensión consiste en los siguiente: mientras que la primera impide el curso de la prescripción e inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de aquélla, la suspensión de la

---

50. Consejo General del Poder Judicial, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 67.

51. En palabras del Consejo General del Poder Judicial, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, pp. 72 s., "[l]a nueva exigencia proyectada en el texto objeto de informe de que la persona que aparezca indiciariamente como penalmente responsable esté "determinada" limita más allá de lo razonable la validez a efectos prescriptivos de múltiples actos procesales que implican un impulso efectivo de la acción penal. Exigir que el proceso se dirija contra persona "determinada" redundará en beneficio precisamente de las estructuras criminales complejas y de quienes integran los mandos superiores de las mismas, cuya identificación plena está plagada de dificultades y normalmente se produce en las fases más tardías de la investigación. Como recuerda el Tribunal Supremo, si admitiéramos la igualdad de trato de los supuestos de delincuencia individual y de delincuencia organizada en materia de prescripción, «estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica, cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas" (STS de 29 de julio de 2002). Desde la perspectiva político-criminal es recomendable, por tanto, que la norma prevea un régimen jurídico específico para delitos cometidos en el seno de colectivos u organizaciones, en el que se relativice la exigencia de determinación de las personas contra las que se dirige el procedimiento, bien por tratarse de un círculo cerrado de personas que pueden haber intervenido en los hechos, bien por estar dirigido el proceso contra los integrantes de una colectividad u organización determinadas, o bien por tener las personas innominadas conexión directa con los hechos objeto de la instrucción". En idéntico sentido Consejo de Estado, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 67.

52. Negrita añadida. La inclusión de la cláusula final *"a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia"* procede de una sugerencia del Consejo de Estado, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 134.

prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido. De este modo, desaparecida la causa de suspensión, el cómputo del tiempo para la prescripción **continúa**, mientras que en la interrupción comienza de nuevo. La suspensión se condiciona al cumplimiento de **tres requisitos**: que la *notitia criminis* se formalice mediante denuncia o querella; que la determinación del sujeto imputado sea concreta; y, finalmente, que se presente ante un órgano judicial, sea competente o no para el esclarecimiento de los hechos.[53]

66 La **convivencia de suspensión e interrupción** de la prescripción del delito prevista por la reforma no es en absoluto extraña en los ordenamientos jurídicos de nuestro contexto de cultura. No obstante, en el caso de la LO 5/2010 parece evidente que la finalidad de tal convivencia no fue otra que tratar de solucionar —en palabras de la E. de M. del Anteproyecto 2009— "disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos", con la pretensión última de "aumentar la seguridad jurídica".[54] Que la LO 5/2010 persiguiera zanjar la mencionada controversia jurisprudencial, al tiempo que restablecer la seguridad jurídica en el ámbito de la interrupción de la prescripción, no significa, sin embargo, que lo consiguiese.[55]

67 Es probable que la LO 5/2010 persiguiera adoptar el criterio del Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, evitar una de las principales objeciones que contra el mismo se ha formulado: que la prescripción de los delitos se produzca por inactividad judicial, como consecuencia de que, después de presentada la denuncia o la querella, el Juez de Instrucción se demore indebidamente en dictar el Auto de admisión a trámite de la misma y la correspondiente incoación de Diligencias Previas.[56] Pese a lo loable de este propósito, lo cierto es que, salvo supuestos excepcionales, la práctica forense cotidiana demuestra que, afortunadamente, los Jueces de Instrucción no incurren en dilaciones indebidas tan graves en la admisión a trámite de denuncias y querellas. Además, si uno de los objetivos perseguidos por la reforma es que los Juzgados de Instrucción resuelvan la admisión o inadmisión a trámite de las denuncias y querellas sin incurrir en dilaciones indebidas, la consagración del criterio de la suspensión de la prescripción con la presentación de la denuncia o la querella producirá el pernicioso efecto de liberar al Juez de la necesidad de resolver con celeridad sobre la admisión a trámite de la denuncia o la querella, a fin de evitar la prescripción del delito. Desde el punto

---

53. Lo recuerda el Consejo General del Poder Judicial, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, p. 74.

54. Insiste en la cuestión el Consejo General del Poder Judicial, Informe del al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 20 noviembre 2008, pp. 75 s.: *"Esta modificación parece ser un intento por conciliar las tesis enfrentadas sostenidas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a las que se ha hecho antes mención, pues, por una parte, asume los argumentos que invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo para retrotraer el momento de la imputación a la presentación de la denuncia o querella, mientras que, por otra, establece un supuesto legal que evitaría el exceso interpretativo, proscrito por el Tribunal Constitucional, de lo que ha de entenderse por «procedimiento dirigido contra el culpable".* En la misma dirección Consejo de Estado, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p.130.

55. Gómez Martín, El Economista, 29-12-08; el mismo, "La prescripción del delito: ¿Es posible cuadrar el círculo?", Legal Today, 4-1-2010 (http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/la-prescripcin-del-delito-es-posible-cuadrar-el-crculo).

56. Gómez Martín, El Economista, 29-12-08; el mismo, Legal Today, 4-2-10 (http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/la-prescripcin-del-delito-es-posible-cuadrar-el-crculo).

de vista del **correcto funcionamiento de la Administración de Justicia** y el principio de celeridad procesal, la reforma será, por tanto, **contraproducente**.[57]

68 Según la reforma, en caso de que la denuncia o la querella no sean admitidas a trámite, el cómputo del plazo de prescripción no empieza a computar nuevamente desde el principio, sino que continúa desde el día de la presentación de la denuncia o la querella. La presentación de la denuncia o la querella, por tanto, no **interrumpe** el plazo de prescripción, sino que se limita a **suspenderlo**. Con ello, la reforma trata de encontrar el punto de equilibrio entre el criterio del Tribunal Constitucional y el del Tribunal Supremo. No obstante, tal medida tendrá escasa relevancia práctica, ya que los casos en los que una denuncia o querella no se admite a trámite no son, en absoluto, la regla, sino la excepción. Además, el legislador reformista dispone que el plazo suspendido vuelva a ser computado «una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiese a trámite». ¿Cómo deberán resolverse, entonces, los nada infrecuentes supuestos en los que el Juez de Instrucción, en lugar de inadmitir a trámite la denuncia o la querella, la admita, aunque acordando, de forma simultánea y en la misma interlocutoria, el **sobreseimiento provisional de las actuaciones**?[58]

69 Por fin, el nuevo art. 132, 2, 2ª prosigue indicando que «si dentro de dicho plazo (scil. seis meses) se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia». Como correctamente indicó el Consejo de Estado en su informe, dicha redacción es incompleta, ya que es obvio que si se dicta una resolución "contra cualquier persona implicada en los hechos", la aplicación retroactiva de la interrupción de la prescripción sólo se producirá **respecto de esa misma persona**, pero no respecto del querellado o el denunciado.[59]

70 En cuanto a la **interrupción de la prescripción de la pena**, el art. 116, II CP 1973 disponía que quedaba sin efecto el tiempo transcurrido cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pudiera comenzar a correr de nuevo. Tras la desaparición de dicha previsión en 1995, un sector doctrinal y jurisprudencial pasó a entender que la prescripción de la pena no podía interrumpirse nunca.[60] La LO 1/2015 establece que «[e]l plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso:— a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena.— b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75.» (art. 134, 2).

71 El actual CP también admite la **prescripción de las medidas de seguridad** (arts. 130, 7º, y 135). Pero, como éstas no suponen responsabilidad *penal*

---

57. Gómez Martín, El Economista, 29-12-08; el mismo, Legal Today, 4-2-10.

58. Gómez Martín, El Economista, 29-12-08; el mismo, Legal Today, 4-2-10.

59. Consejo de Estado, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p.134.

60. En este sentido AAP Barcelona 9ª, 14-5-09, FJ 3 y 7ª, 8-2-2001, FJ 1. Sobre la no interrupción de la prescripción de la pena en casos de suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo vid. la decisiva STC 97/2010, 15-11. Sobre la situación en el CP anterior cfr. Morillas, Prescripción, p. 77.

en sentido estricto, tampoco su prescripción puede considerarse una causa de extinción de la responsabilidad penal. Tal vez por ello la rúbrica del Título VII del Libro I CP y su art. 130 no hablan de extinción de la responsabilidad penal, sino de extinción de la responsabilidad *criminal*, en cuanto las medidas de seguridad se imponen por la comisión de un delito *(crimen)* —aunque no parece conforme a su naturaleza no punitiva el término «responsabilidad»—. En cualquier caso, el art. 135 CP dice: «1. Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido.— 2. El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.— 3. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta».

II. Los antecedentes penales y su cancelación

72 1. Aunque el reo cumpla la pena impuesta o vea extinguida ésta por otra causa de las enumeradas en el art. 130 CP, sigue estando sometido a un efecto de la pena: los **antecedentes penales**.[61] Éstos suponen la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de la pena impuesta. Según el artículo 252 LECr, los Tribunales remitirán directamente a dicho Registro, establecido en el Ministerio de Justicia, notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito. Por otra parte, cada Juez de Instrucción ha de llevar un libro llamado «Registro de Penados», en el que se extractarán las certificaciones que deben recibir de las sentencias firmes por parte de los Tribunales que las pronuncian (arts. 253 y 254 LECr).

73 La función de los antecedentes penales es doble. Por una parte, han de ser tenidos en cuenta en ulteriores aplicaciones de la ley penal o procesal penal. En primer lugar, permiten comprobar la concurrencia de la agravante de **reincidencia** en un delito posterior (art. 22, 8ª CP). En segundo lugar, pueden impedir la **suspensión de la ejecución de la pena** (art. 80, 2, 1ª y 3 CP). Y en tercer lugar, pueden determinar la denegación de la **libertad provisional** (arts. 503 y 504 LECr). Por otra parte, los antecedentes penales pueden impedir el acceso a un cargo público, la obtención de pasaportes, permisos de armas, etc., y su conocimiento por los particulares puede condicionar la concesión de un empleo.[62]

61. Cfr. sobre el tema la monografía de Grosso, Antecedentes, passim.
62. Cfr. Grosso, Antecedentes, pp. 5 ss., 208 ss.

74 Los antecedentes penales constituyen un **obstáculo para la reinserción social** que postula el art. 25,2 Constitución.[63] La Reforma de 1983 manifestó la voluntad de limitar su uso por la Sociedad. El art. 136, 4 del actual CP mantiene sustancialmente la misma redacción entonces introducida en el párrafo sexto del anterior art. 118 CP: «Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces y Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente esta última circunstancia».

75 2. Con objeto de limitar los efectos negativos de los antecedentes penales para el condenado, la ley prevé que pueda obtener su **cancelación**. En el CP anterior esta cancelación se denominaba **«rehabilitación»**. El término ha sido abandonado por el actual Código.

76 Con la nueva redacción del art. 136 CP operada por la LO 1/2015, se simplifican los trámites para la cancelación de antecedentes: se suprime la exigencia de informe previo del juez o tribunal sentenciador, así como la satisfacción de las responsabilidades civiles y la comprobación de insolvencia del condenado. La cancelación queda sujeta únicamente al transcurso de los plazos establecidos sin que el condenado haya vuelto a delinquir durante los mismos. Sin embargo, la reforma de 2015 ha ampliado de manera significativa los plazos previstos para las penas menos graves iguales o superiores a tres años y para las penas graves. El nuevo art. 136, 1 CP queda como sigue: «[l]os condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves.»

77 El nº 2 del mismo art. 136 añade: « Los plazos a que se refiere el apartado anterior se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de

63. Cfr. Grosso, Antecedentes, pp. 393 ss.

este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión».

78 Esta alusión a la remisión definitiva fue consecuencia de la LO 15/2003, que también abandonó la novedad del CP 1995 de cancelación en tal caso del antecedente registral (que además debía tener lugar en una sección especial) (anteriores arts. 82, párrafo segundo, y 85, 2).

79 Asimismo, la LO 1/2015 introduce en el nº 3 del art. 136 una regulación de la cancelación de los antecedentes de las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables y de ciertas consecuencias accesorias impuestas. El régimen previsto en estos casos equipara a efectos de cancelación las penas a las de las personas físicas conforme al «apartado primero de este artículo, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. En estos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia».

80 El nº 5 del art. 136 establece que «[e]n los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, esta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, no tendrá en cuenta dichos antecedentes».

81 Esto último enlaza con la mal llamada **«prescripción de la reincidencia»**.[64] Con anterioridad a 1978, en que se introdujo, nunca desaparecía («prescribía») la posibilidad de apreciar la agravante de reincidencia (o reiteración) en base a una determinada condena anterior. En 1978 se negó la aplicabilidad de la agravante cuando, obtenida la rehabilitación, hubiere transcurrido un tiempo doble del previsto para ésta o, en cualquier caso, el de diez años (anteriores arts. 10, 14ª y 10, 15ª CP). La Reforma de 1983 dio un paso más y excluyó la posibilidad de apreciar la circunstancia de reincidencia cuando los antecedentes estuvieren cancelados o hubieren podido serlo (anterior art. 10, 15ª CP). El mismo criterio mantiene el actual art. 22, 8ª CP.

82 Como se advierte, la historia reciente se caracteriza por facilitar cada vez más la cancelación de los antecedentes penales. Ello manifiesta la tendencia de la Política criminal moderna a ir limitando los efectos desocializadores de los antecedentes penales. Son éstos residuos de otro tiempo en que se llegó a marcar físicamente a los condenados con señales que los identificaran para siempre ante la colectividad. Nada más opuesto en un Derecho penal que pretenda erradicar o, al menos, relativizar la marginación del delincuente del cuerpo social. Pero el camino andado es aún relativamente corto. Téngase presente que en nuestro Derecho la rehabilitación no tuvo entrada hasta el CP 1928 y, en la versión que luego perduraría, el CP 1932. El art. 73, 2 LOGP, ha llegado a proclamar que los antecedentes penales no serán en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica. Es dudoso que ello se haya

64. Cfr. Mir Puig, Reincidencia, pp. 186 ss., 360 s.

conseguido ya.[65] Por el contrario, la LO 15/2003 dio un paso atrás al volver a tener en cuenta como antecedente penal la condena objeto de suspensión condicional, aunque se haya conseguido la definitiva remisión condicional. La LO 1/2015 parece seguir este camino con la ampliación de los plazos de cancelación.

83 El actual CP ha añadido la necesidad de cancelar las **anotaciones de las medidas de seguridad** «una vez cumplida o prescrita la respectiva medida» (art. 137). Pero ello tampoco afecta a los efectos de la responsabilidad *penal* en sentido estricto.

65. Lo mantiene Quintero, Reforma, p. 118. En contra de esta opinión, fundamentalmente, Grosso, Antecedentes, pp. 94 ss.

Lección 34.
MEDIDAS DE SEGURIDAD, CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS

Bibliografía

Alonso Rimo, Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido: a propósito de la peligrosa expansión del derecho penal de la peligrosidad, en EPC (29) 2009; *Baucells i Lladós*, Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010: un análisis crítico, en EPC (33) 2013; *Benítez Ortúzar*, La nueva "medida de seguridad" de "libertad vigilada" aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad: la admisión de los postulados del "Derecho penal del enemigo" por la LO 5/2010, en CPC (103) 2011; *Caruso Fontán*, Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual "peligroso", en RP (31) 2013; *la misma*, El delincuente imputable y peligroso, 2014; *Choclán*, Las medidas de seguridad y corrección en el nuevo CP, PJ (43-44) 1996, pp. 85 s.; *Díez Ripollés*, Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: regulación española, en LH al Prof. Suárez Montes, 2013; *Dopico Gómez-Aller*, en *Ortiz de Urbina* (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010; *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2012; *Fernández Teruelo*, Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, LH Valle Muñiz, 2001, pp. 273 ss.; *Freund*, Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht. Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln, GA, 2010; *Gallego Díaz*, Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, en RP (31) 2013; *García Rivas*, La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad, en RGDP (16) 2011; *Gómez Martín*, Falsa alarma, o por qué la LO 5/2010 no deroga el principio societas delinquere non potest, en Mir/Corcoy (dirs.), Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012; *González Rus*, La pretensión de configurar la prisión provisional en los casos de peligro de reiteración delictiva como una medida de seguridad. Posibles alternativas a la fundamentación de la misma, en LH al Prof. E. Bacigalupo, 2004; *Gudín Rodríguez-Magariños*, La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos, RGDP (11) 2009; *Huerta Tocildo*, Una extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada, en LH al Prof. Rodríguez Ramos, 2013; *Jiménez Martínez*, La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos, en RDPC (7) 2012; *Jorge Barreiro*, Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, LH al Prof. Mir Puig, 2010; *Lamo*, Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal, 1999; *Luzón Peña*, Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en LH al Prof. Ruiz Antón, 2003; *Martínez Galindo*, Medidas de seguridad en los supuestos de drogadicción, La Ley 2000-5, pp. 1995 y ss.; *Martínez Garay*, La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la führungsaufsicht del derecho penal alemán, en RGDP (22) 2014; *la misma*, La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad, en InDret 2/2014*; Miró Llinares*, Reflexiones sobre el principio "societas delinquere non potest" y el artículo 129 del Código Penal, en EDJ, 2006; *Navarro Frías*, Psicopatía y medidas de seguridad: el caso de los psicópatas sexuales y la libertad vigilada tras la última reforma del Código Penal, en CPC (105) 2011; *Nieto Martín*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo, 2008; *Octavio*

de Toledo, Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites, RPJ (60) 2000, pp. 107 ss.; *Orts Berenguer*, Derecho Penal de la Peligrosidad y Prevención de la Reincidencia, 2015; *Otero González*, La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro, 2015; *Polaino Navarrete/Polaino-Orts*, ¿Medidas de seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre su fundamento y clases de las medidas de seguridad, 2001-3, pp. 897 ss.; *Polaino/Polaino Orts*, ¿Medidas de seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad…, en AP nº 38, oct. 2001; *Robles,* Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP (1), La Ley, 2011; *Rodríguez Magariños*, La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada, 2012; *Rodríguez Ferrández*, Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010, en CPC (105) 2011; *Roig Torres*, Medidas de seguridad privativas de libertad: la regulación alemana y su reflejo en el proyecto de reforma del código penal espanyol, en InDret 4/2014; *Romeo/Sola/Boldova* (coord.), Derecho Penal, Parte General, 2013; *Salat Paisal*, Libertad vigilada e imputabilidad: regulación en derecho comparado y realidad normativa en España, RGDP (17) 2012; *Sánchez Lázaro*, Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad, en RP nº 17, 2006, pp. 142 ss.; *el mismo*, Deconstruyendo las medidas de seguridad, InDret 2010; *Santana Vega*, La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo, en EPC (29) 2009; *Sanz Morán*, Medidas de seguridad y corrección en el Código Penal, RDP (1) 2000, pp. 29 ss.; *el mismo*, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal, 2003; *Silva*, La regulación de las medidas de seguridad, en el mismo, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, pp. 15 ss.; *el mismo*, La Ley, nº 4 2010, p. 1791; *el mismo,* ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? en Silva, Normas y acciones en Derecho penal, 2003; *el mismo,* La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas, InDret, 2007; *el mismo,* ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad, InDret, 2014; *Silva/Oritiz de Urbina*, El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?, en InDret 2006; *Torres Rosell*, Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados: Contenido e implicaciones político criminales, en RECPC (14) 2012; *Urruela*, Los principios informadores del Derecho de medidas en el Código Penal de 1995, RDPCr (8) 2001, pp. 167 ss.; *el mismo*, en *Ortiz de Urbina* (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010; *Del Valle Sierra*, La Medida de libertad vigilada, 2013; *Vázquez González*, Algunas cuestiones penales y criminológicas sobre la nueva medida de libertad vigilada, en LH al Prof. Rodríguez Ramos, 2013; *Zugaldía Espinar*, Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena, en RDPC (1) 2009; *el mismo*, El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas, en Berdugo (dir.), Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, 2010.

Ver además la bibliografía de la Lección 7, IV 2

A. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Antecedentes

1 El CP 1995 ha dedicado el Título IV de su Libro I a las medidas de seguridad. Ello constituye una novedad en la tradición legislativa española, con el solo precedente del CP 1928, que, rompiendo con la línea de los demás Códigos, siguió el modelo del CP italiano. Hasta 1995 el CP preveía medidas de seguridad para inimputables, pero como excepciones desprovistas de un tratamiento sistemático propio.

2 La **Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social** de 4 agosto 1970, continuadora de la de Vagos y Maleantes de 4 agosto 1933, sí ofrecía un sistema de medidas de seguridad, pero fundamentalmente de carácter **predelictual**, que no exigían la comisión previa de un hecho previsto como delito, sino sólo que

el sujeto se encontrase en uno de los **«estados peligrosos»** enumerados por la Ley. La Constitución 1978 fue seguida de alguna reforma que suprimió supuestos «estados peligrosos» como la homosexualidad (Ley 77/1978, de 26 de diciembre), propició el rechazo de la Ley por parte de la doctrina, que puso en duda su constitucionalidad, y motivó una declaración incidental del TC de que las medidas predelictuales eran contrarias al principio constitucional de legalidad (STC 14 febr. 86) (cfr. *supra*, Lec. 1, IV). Todo ello acabó determinando la inaplicación de la LPRS por parte de los jueces. Ya el Proyecto CP 1980 había propuesto la derogación de dicha Ley, como después lo hicieron la Propuesta de Anteproyecto CP 1983 y todos los demás Anteproyectos y Proyectos posteriores. Finalmente, la Disposición derogatoria única del CP 1995 derogó, en su apartado 1, letra c), la LPRS, «con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias».

II. Principios generales del sistema de medidas de seguridad

El tratamiento sistemático de las medidas de seguridad en el CP actual ha supuesto la proclamación de sus principios generales. Estos no sólo se contienen en el Capítulo I del Título IV del Libro I, cuya rúbrica reza «De las medidas de seguridad en general», sino también en el Título Preliminar. Al referirse éste a las «garantías penales» y a la «aplicación de la Ley penal», contiene principios válidos tanto para las penas como para las medidas de seguridad. **3**

1. Este Título Preliminar empieza por extender a las medidas de seguridad las garantías propias del **principio de legalidad**: **4**

— Art. 1, 2: «Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley». **5**

— Art. 2, 1: «Carecerán igualmente de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad». La excepción de las leyes penales que favorezcan al reo, que prevé el nº 2 del mismo art. 2, también parece aplicable a las leyes que prevén medidas de seguridad —pues se formula tras referirse también a ellas el nº 1. **6**

— Art. 3: Extiende a las medidas de seguridad las mismas garantías *jurisdiccional* y *de ejecución* que establece para las penas. **7**

También el Título Preliminar proclama los principios que rigen los presupuestos materiales y los límites de las medidas de seguridad. **8**

Dos son los **presupuestos materiales** que deben fundamentar la imposición de las medidas: la **peligrosidad criminal** del sujeto y la comisión de un **delito previo** (art. 6, 1). Ello excluye las medidas predelictuales. **9**

10 Tales presupuestos constituyen también **principios limitadores de la gravedad y duración** de las medidas. Éstas **no podrán ser más gravosas que la pena** correspondiente al delito previo realizado, **ni exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad** del autor (art. 6, 2).

11 Art. 6: «1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.— 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor».

12 2. Estos principios se desarrollan en el Capítulo I del Título IV del Libro I CP.

13 El principio de legalidad se concreta en el art. 95, 1, que exige la concurrencia en el sujeto de alguna de las situaciones previstas en los arts. 101 y ss. Aquel artículo también recuerda que las medidas se aplicarán por el Juez o Tribunal y añade: «previos los informes que estime convenientes».

14 Los dos presupuestos fundamentales requeridos para las medidas de seguridad por el art. 6 vuelven a mencionarse y precisarse por el art. 95, 1, al exigir que concurran las dos circunstancias siguientes:

15 «1ª. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

16 »2ª. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

17 El principio de que la medida no puede ser más grave que la pena señalada al delito realizado se concreta en dos sentidos. Por una parte, prohibiendo la posibilidad de imponer una **medida de seguridad privativa de libertad** si el delito cometido no está castigado con una pena también privativa de libertad (art. 95, 2 y 104). Por otra parte, reiterándose para cada supuesto de posible imposición de medidas privativas de libertad que «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo», con estas palabras (arts. 101, 102 y 103) o similares (art. 104).

III. Medidas de seguridad imponibles

18 El CP distingue entre medidas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad (art. 96, 1).

19 1. Las **medidas privativas de libertad** que pueden imponerse son:

20 «1ª. El internamiento en centro **psiquiátrico**.

»2ª. El internamiento en centro **de deshabituación**. 21

»3ª. El internamiento en centro **educativo especial**» (art. 96, 2). 22

El internamiento en centro psiquiátrico o de educación especial podrá aplicarse —sólo «si fuere necesaria»— «al que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20» (art. 101), esto es, al enfermo mental o al que sufra cualquier otra anomalía o alteración psíquica que excluya la imputabilidad. No se excluye el trastorno mental transitorio. El internamiento en centro educativo especial también está previsto para «los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3º del artículo 20» (art. 103). El internamiento en centro de deshabituación se podrá imponer «a los exentos de responsabilidad conforme al número 2º del artículo 20» (art. 102). Los sometidos a estas medidas no podrán abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador (nº 2 de los arts. 101, 102 y 103). 23

Las mismas medidas podrán imponerse, en sus respectivos casos, además de la pena atenuada, a los **semiimputables** a quienes se aplique una eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del art. 20, aunque «la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito (art. 104). Se estará al **sistema vicarial**: «En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará **el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena.** Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, **suspender el cumplimiento del resto de la pena** por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96. 3» (art. 99). 24

El art. 104, 2, introducido por la LO 15/2003, dice: «Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código». Esta disposición adicional establece: «cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil». 25

2. Las **medidas no privativas de libertad** que pueden imponerse son: 26

1ª. La inhabilitación profesional. 27

2ª. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. 28

3ª. La libertad vigilada.

4ª. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

5ª. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

6ª. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

En los casos previstos en los artículos 101 a 104, cuando imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer, razonadamente, una o varias que se enumeran a continuación. Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas en los demás casos expresamente previstos en este Código.

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Libertad vigilada

b) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) Libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga este Código.

b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

c) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

La LO 15/2003, que modificó en algunos puntos el texto anterior de este precepto, le añadió el siguiente párrafo: «Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, el Juez o Tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad». También afectó al siguiente y último párrafo del mismo artículo, que quedo así: «El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al Juez o Tribunal sentenciador».

En los casos previstos en el art. 105, «el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los **servicios de asistencia social** competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad».

La **inhabilitación** puede aplicarse como medida de seguridad, privando del derecho a ejercer determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio,

cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, «cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20» (art. 107). No se menciona la posibilidad de imponer estas medidas a semiimputables (ni en el art. 107, ni en el art. 104): ¿un olvido del legislador? La LO 15/2003 no lo ha subsanado, aunque el art. 99 permite ahora, sólo para el caso de que concurran penas y medidas de seguridad privativas de libertad, suspender la ejecución de la pena tras la cesación de la medida privativa de libertad y en su lugar aplicar cualquiera de las medidas no privativas de libertad previstas en el art. 96, 3, entre las cuales está la inhabilitación profesional.

44 La **expulsión del territorio nacional** puede imponerse a extranjeros no residentes legalmente en España, previa audiencia del sujeto, como sustitutiva de las medidas privativas de libertad que le sean aplicables (art. 108, 1). El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años (art. 108, 2).

IV. En especial, la nueva medida de seguridad de libertad vigilada

45 1. La LO 5/2010 incorporó al Código penal una nueva **medida de seguridad no privativa de libertad**: la **libertad vigilada** (art. 96, 3ª).[1] La nueva medida, presente en otros ordenamientos de Derecho comparado (Alemania, Italia, EEUU) y largamente reclamada por un sector doctrinal,[2] nace con la vocación de constituir una medida de seguridad aplicable no sólo a inimputables o semiimputables, sino **también a imputables peligrosos de criminalidad grave** con posterioridad al cumplimiento de una pena privativa de libertad.

1. La naturaleza jurídica de la libertad vigilada como medida de seguridad fue incorporada al Proyecto de Reforma del Código penal de 2009, pero no se hallaba presente, sin embargo, en el Anteproyecto presentado en el Consejo de Ministros de 14-11-08, en el que la medida que nos ocupa tenía la consideración de pena privativa de otros derechos.

2. Claro reflejo de tal reclamación es, por ejemplo, la Recomendación 7 de la Comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves ("Comisión Mena"): "Por otro lado, hoy en día no se dispone, a nivel legislativo, de instrumentos de control posteriores a la liberación definitiva del penado. La Comisión propone la reforma del Código penal en el sentido de añadir la vigilancia de conducta entre las medidas que puede acordar el juez o tribunal a la hora de dictar sentencia condenatoria. La vigilancia de conducta o libertad vigilada, dada su naturaleza material más próxima a las medidas de seguridad, podría ser, en su caso, adoptada bajo la fórmula de las penas accesorias, ya existente en el Código penal. Dicha medida, que se impondría junto con la pena correspondiente al tipo de delito cometido, debería estar prevista legalmente de forma limitada en una lista determinada de delitos y sometida a límites precisos de duración en función de la gravedad del delito. La concreción de las obligaciones que se impondrían al condenado debería dejarse en manos del órgano judicial competente".

Después de la reforma, la libertad vigilada se convierte en la **única medida de seguridad aplicable tanto a imputables como a inimputables y semiimputables.** En el caso de los primeros, la libertad vigilada podrá durar hasta diez años, en el de los segundos hasta cinco.[3]

46 2. Su **fundamento** debe verse en la necesidad de articular soluciones adicionales a la pena en supuestos de especial gravedad en los que la pena no resulta suficiente para excluir un elevado riesgo de reincidencia con el objeto de garantizar razonablemente la seguridad del resto de ciudadanos.[4]

47 3. En su actual configuración, la libertad vigilada supone, en esencia, una **refundición de medidas no privativas de libertad** existentes con anterioridad, junto a algunas reglas de conducta u obligaciones de nuevo cuño.[5] De este modo, desaparecen como medidas autónomas las previstas en los art. 96, 3, 3ª, 4ª, 5ª, 9ª, 10ª, 11ª y 12ª, que pasan a integrarse como reglas de conducta, junto a otras medidas nuevas, en la localización permanente. Subsisten de forma autónoma las restantes medidas de seguridad no privativas de libertad.

48 4. Los dos supuestos en los que se prevé la aplicación de la libertad vigilada a sujetos imputables se hallan previstos en los **arts. 192, 1** (delitos contra la libertad sexual) y **579, 3** (delitos de terrorismo). En ambos preceptos, el legislador reformista establece que a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la integridad e indemnidad sexuales o de terrorismo se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será **de cinco a diez años**, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un **delincuente primario**, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor. Llama la atención la heterogeneidad de ambas tipologías de delincuentes (sexuales *versus* terroristas), así como la ausencia de otras tipologías de delincuentes hipotéticamente idóneos en relación con la medida que nos ocupa (p. ej., violencia de género).[6] Por lo demás, teniendo en cuenta que en los delitos de terrorismo pueden ser impuestas penas de prisión de hasta 40 años, la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada de cumplimiento posterior cuya

---

3. En el Anteproyecto 2008, la duración máxima prevista para la libertad vigilada era ampliamente superior a la actual: veinte años. Tal circunstancia fue motivo de duras críticas doctrinales. Vid. a este respecto, y sin ánimo de exhaustividad, Grupo de Estudios de Política Criminal, *Manifiesto sobre el endurecimiento del sistema de sanciones: nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, 2009, p. 3.

4. Urruela Mora, "Medidas de seguridad. Particular consideración de la libertad vigilada", en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7372.

5. Urruela Mora, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360.

6. Urruela Mora, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360.

duración fuera de hasta 10 años podría ser difícilmente compatible con la **finalidad resocializadora de penas y medidas de seguridad** (art. 25, 2 CE).[7]

5. Según la doctrina, por «***delincuente primario***» a tales efectos debe entenderse todo aquel sujeto que: a) no haya sido condenado con anterioridad por la comisión de un delito; b) haya sido condenado por algún delito de distinta naturaleza; c) haya sido condenado por un delito contra la libertad sexual o de terrorismo, pero sus antecedentes penales ya se encuentren cancelados.[8] **49**

6. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a **control judicial** mediante el cumplimiento (en su caso cumulativo) de alguna de las siguientes **reglas de conducta** (**art. 106, 1**): **50**

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. **51**

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. **52**

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. **53**

d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. **54**

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. **55**

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. **56**

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. **57**

h) La prohibición de residir en determinados lugares. **58**

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. **59**

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. **60**

---

7. Grupo de Estudios de Política Criminal, *Manifiesto sobre el endurecimiento del sistema de sanciones: nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*, 2009, p. 3; Urruela Mora, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360 y 7438.

8. Urruela Mora, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7438.

61 k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

62 7. Atención especial merece la **obligación de estar siempre localizable** (art. 106, 1 a) CP). Se trata de una regla de conducta de nuevo cuño. De modo análogo a lo dispuesto en el art. 48, 4, la localización del sujeto se realizará «***mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente***». El precepto parece referirse a la aplicación de la tecnología GPS (Global Positionig System). No, en cambio, a sistemas de contacto programado o sistemas de monitorización mediante radiofrecuencia, que únicamente permiten detectar presencias o ausencias domiciliarias, pero no la localización permanente del sujeto.[9]

63 8. También constituye regla de conducta de nuevo cuño la prevista en el art. 106, 1 i) CP, consistente en la **prohibición de desempeñar determinadas actividades**. El fundamento de la medida es evitar la realización por parte del sujeto de determinadas actividades que pueden facilitarle la comisión de hechos delictivos. Así, por ejemplo, cuando la medida sea impuesta a un sujeto condenado por un delito contra la libertad sexual con víctima menor de edad, la medida podría consistir en la prohibición de realizar actividades que impliquen un contacto directo con menores, como hacer de monitor de actividades extraescolares, entrenador deportivo, etc.[10]

64 9. Por lo que hace a la **obligación de seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico** (art. 106, 1 k), cuando se trate de un sujeto imputable será preciso el **consentimiento**, de conformidad con lo previsto en el art. 8 Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. De modo correlativo, el rechazo del tratamiento no dará lugar a un delito de quebrantamiento de condena (art. 100, 3).

65 10. El **procedimiento** de imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables se halla previsto en el **art. 106, 2**. De acuerdo con este precepto «el Juez o Tribunal deberá imponer **en la sentencia** la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código. En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el **Juez de Vigilancia Penitenciaria**, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al **Juez o Tribunal sentenciador**, que, con arreglo

9. Urruela Mora, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360.
10. Urruela Mora, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 30/7360.

a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado. Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas. Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá **de manera sucesiva**, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente».[11]

66 11. El Juez o Tribunal podrá **modificar** en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas (art. 106, 3 a); **reducir** la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas (art. 106, 3 b); o **dejar sin efecto** la medida (art. 106, 3 c), en función del posible pronóstico reinserción del sujeto. Para ello deberá tenerse en cuenta la evolución del sujeto y la probabilidad de reiteración delictiva.

67 12. Por lo que hace al **incumplimiento** de una o varias reglas de conducta, el **art. 106, 4** dispone que «[e]n caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código».

V. Cesación, sustitución, suspensión y quebrantamiento de las medidas de seguridad

68 1. Las medidas de seguridad privativas de libertad no tienen fijados **límites de duración** determinados numéricamente, sino los que se deducen de los principios generales antes señalados, según los cuales las medidas no pueden durar más que la pena señalada al delito cometido ni exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 6). Las medidas de seguridad no privativas de libertad señaladas a inimputables o semiimputables se agrupan, además, en

11. Negrita añadida.

las que no pueden sobrepasar los cinco años y las que no pueden exceder de diez años (art. 105). En todo caso, las medidas no han de imponerse con una duración determinada. En particular, no tendrán límite *mínimo* alguno. Basta que el Juez o Tribunal fije en la sentencia el límite *máximo* representado por la pena señalada al delito realizado.

69 La **cesación** de la medida deberá tener lugar en el momento en que el Juez o Tribunal sentenciador, a propuesta del Juez de Vigilancia, decrete el cese por haber desaparecido la peligrosidad criminal del sujeto (art. 97, b) —además, claro está, de cuando se alcance el límite máximo correspondiente.

70 2. Pero el Juez o Tribunal sentenciador, a propuesta del Juez de Vigilancia, puede, en lugar de decretar la cesación, decidir en cualquier momento la **sustitución** de la medida impuesta «por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida» (art. 97, c).

71 3. Una tercera decisión que en todo momento puede adoptar el Juez o Tribunal sentenciador, también a propuesta del Juez de Vigilancia, es la de **dejar en suspenso la ejecución de la medida**. Para ello atenderá al resultado ya obtenido con su aplicación. La suspensión podrá acordarse «por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que lo impuso» (art. 97 d, primer inciso).

72 «La suspensión quedará **condicionada** a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código» —a saber: la comisión de un delito y un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de otros delitos— (art. 97 d, segundo inciso).

73 Concluye el art. 97 con un último párrafo referido a todos los anteriores que establece el deber del Juez de Vigilancia de elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad *de la pena*[12] privativa de libertad impuesta».

74 4. ¿Qué ocurre si el sujeto **quebranta la medida de seguridad** —esto es, se sustrae a su cumplimiento—? El art. 100 establece reglas diversas, según se trate de medidas privativas o no privativas de libertad.

75 En caso de **quebrantamiento de una medida de internamiento**, el Juez o Tribunal ordenará el «reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado» (art. 100, 1).

12. La LO 15/2003 añadió el fragmento que hemos destacado en cursiva, que resulta incomprensible y no puede sino suponer algún error.

«Si se tratare de otras medidas —esto es: **medidas no privativas de libertad**[13]—, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrara su necesidad» (art. 100, 2). **76**

La LO 15/2003 añadió un último apartado 3 en el art. 100: «En ambos casos el juez o tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento». Anteriormente parecía que sólo podía considerarse cometido el delito de quebrantamiento del art. 468 CP cuando se tratare de medidas privativas de libertad impuestas junto a penas también privativas de libertad a semiimputables, en las cuales el cumplimiento de la medida sirve también como cumplimiento de la pena (ver la edición anterior de la presente obra, Lec. 34, nº 55 y 56). Ahora parece haberse cambiado de criterio y considerarse cometido el delito de quebrantamiento de condena en todos los casos de quebrantamiento de una medida. Si el sujeto no es imputable no podrá, sin embargo, imponérsele la pena correspondiente, sino sólo, y si resulta necesaria, otra medida de seguridad. **77**

B. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

El CP 1995 destina un nuevo Título del Libro I, el Título VI, a lo que llama «consecuencias accesorias». Aquí se incluyen, por una parte, el **comiso** de los instrumentos y efectos del delito, la obtención y registro de identificadores de ADN y un elenco de **medidas previstas para** empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas **sin personalidad jurídica.** **78**

I. El comiso

Es tradicional que se disponga la **privación al delincuente de los instrumentos** con que ejecuta el delito **y de los efectos** que provengan de él. En ello ha consistido hasta 1995 el comiso. No era correcta, sin embargo, la consideración del mismo como una *pena*, siquiera *accesoria*. El comiso no se prevé como amenaza destinada a disuadir de la comisión del delito ni como castigo merecido por el delito. No responde a ninguno de los fines de la pena: ni a la prevención a través de la motivación ni a la retribución. Tampoco obedece a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto, como las medidas de seguridad. Se trata, en realidad, de una consecuencia accesoria de naturaleza peculiar. El CP 1995 ha acogido en este punto la propuesta que en su momento efectué a través del **79**

13. Sin embargo, el art. 106, 4 prevé un tratamiento específico para el incumplimiento de obligaciones propias de la medida de libertad vigilada.

Proyecto Alternativo de Parte General que presentó el Grupo Parlamentario del PC/PSUC frente al Proyecto de 1980.

80 También ha acogido el CP 1995 nuestra propuesta de añadir con carácter general como consecuencia accesoria la **privación de las ganancias** provenientes del delito, que se incluye en el comiso.

81 El art. 127 (modificado por las LLOO 15/2003, 5/2010 y 1/2015) dice: «1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los **efectos** que de él provengan y de los **bienes, medios o instrumentos** con que se haya preparado o ejecutado, así como las **ganancias** provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.— 2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.— 3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición».

82 La LO 1/2010 introdujo en la regulación sobre el comiso una nueva regla para el **comiso en supuestos de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo** (art. 127, 1, párr. 2º, anterior a la LO 1/2015). Como medida complementaria, se creó la **Oficina de Recuperación de Activos** (art. 367 LECrim. septies).[14] Además, la reforma trajo consigo una nueva **regla sobre el comiso en casos de delito imprudente** (art. 127, 2 anterior a la LO 1/2015). Esta regla da cumplimiento a la Decisión Marco 2005/212/JAI, relativo al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

83 La **1/2015 modifica considerablemente la regulación del comiso**.[15] Las novedades afectan, especialmente, a tres cuestiones: el **decomiso sin sentencia**; el **decomiso ampliado**; y el **decomiso de bienes de terceros**.

---

14. Llama la atención sobre este extremo Cerezo Domínguez, "Comiso", en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 33/7936.

15. Según su Exposición de Motivos, la reforma de 2015 pretende facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación y gestión económica de activos procedentes del delito. La reforma toma en consideración la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

84 En cuanto al **decomiso sin sentencia**,[16] la reforma introduce algunas **modificaciones técnicas en su regulación** e introduce las **normas procesales** necesarias para hacer posible su aplicación.

85 Dispone el nuevo **art. 127 ter**, a tal efecto: «1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.— 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.»

86 Frente al decomiso directo y el decomiso por sustitución, el **decomiso ampliado** se caracteriza, precisamente, porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. Por esa razón, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. La exigencia de una prueba plena determinaría no el decomiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen.[17]

---

16. En relación con el mismo, recuerda la Exposición de motivos de la LO 1/2015 que tradicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un decomiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del decomiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein).

17. Según la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, «el decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tendría, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto. El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación».

87 Dispone el nuevo **art. 127 bis:** «1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:— a) Delitos de trata de seres humanos. b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264. d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia. e) Delitos relativos a las insolvencias punibles. f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial. g) Delitos de corrupción en los negocios. h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298. i) Delitos de blanqueo de capitales. j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313. l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373. n) Delitos de falsificación de moneda. o) Delitos de cohecho. p) Delitos de malversación. q) Delitos de terrorismo. r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.— 2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios: 1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. — 3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior. — 4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento. — 5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.»

88 Se añade un **art. 127 quinquies**, con la siguiente redacción: «1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos: a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal. b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada. c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.— Son indicios relevantes:— 1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.— 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.— 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.— Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.— 2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que: a) El

sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto. b) O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.» El **art. 127 sexies** establece, a los efectos del art. 127 quinquies, diversas **presunciones** y sus correspondientes **reglas procesales**.

89 Finalmente, también la regulación del **decomiso de bienes en poder de terceros** prevista hasta ahora en nuestra legislación se ve intensamente reformada como consecuencia de la reforma de 2015. Con la finalidad de incrementar la eficacia de la nueva regulación, se recoge expresamente la posibilidad de que, en todos aquellos supuestos en los que el decomiso de los bienes o efectos procedentes del delito no resulta posible en todo o en parte (porque no es posible localizarlos, se encuentran fuera del alcance de los tribunales, han sido destruidos, se ha disminuido su valor con relación al que tenían cuando fueron incorporados al patrimonio del sujeto, o por cualquier otra circunstancia), el juez o tribunal puedan, mediante la estimación y valoración de la actividad desarrollada, determinar una cantidad hasta cuyo importe quedará autorizado el decomiso de bienes. Asimismo, para mejorar la gestión de los activos intervenidos, se revisa la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se crea una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar, del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos. La reforma pone fin al doble régimen de decomiso (según se tratara de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza) que existía hasta ahora.

90 La LO 1/2015 incorpora un **art. 127 quater**, con la siguiente redacción: «1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos: a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.— 2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.»

91 Para los casos en que el **comiso no pueda ser** (en absoluto o parcialmente) **llevado a efecto** a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o

ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia,, el **art. 127 septies** dispone que «el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado. De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.» El **art. 127 octies** completa esta previsión: «1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.— 2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.— 3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.»

II. La nueva consecuencia accesoria de obtención y registro de identificadores de ADN

92 El **nuevo art. 129 bis** permite la **obtención de su perfil de ADN y su incorporación a una base de datos policial** en el caso de condenados por la comisión de determinados delitos.[18] Para ello deberán concurrir ciertas

18. Las bases de datos policiales de perfiles de ADN fueron creadas como consecuencia de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Sobre todo ello vid. Alonso Alonso, "Conceptos básicos de ADN forense", Estudios jurídicos, 2004, pp. 1860 ss.; Álvarez de Neira Kappler, La prueba del ADN en el proceso penal, Granada, 2008; Armenteros León, "Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal", La Ley, nº 6738, 19 junio 2007 (http://diariolaley.laley.es); Choclan Montalvo, "Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual, La Ley, 1994, pp. 815 ss.; Diaz Cabiale, "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)", en Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 69 ss.; Etxeberria Guridi, "La Ley 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", La Ley, nº 6901, 11 marzo 2008 (http://diariolaley.laley.es); el mismo, El análisis de ADN y su aplicación al proceso penal, Granada, 2000; García Díaz, F., Bancos de datos genéticos de delincuentes, diario El Mercurio on line (www.emol.cl/noticias) de 5 de noviembre de 2001; Gómez Amigo, "Las intervenciones corporales para la determinación del perfil de ADN del imputado", Addenda a el mismo, Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal, Navarra, 2003; Guillén García, S. Borrador del Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN. Incidencia en los derechos fundamentales y libertades públicas. Boletín jurídico Derecho.com., 2001; Magro Servet, "El registro de la huella genética. La regulación legal para la obtención de la base de datos de ADN", La Ley, nº 6662, 1 marzo 2007 (http://diariolaley.laley.es); Martín-Casallo López, "Tratamiento automatizado de las bases de ADN: régimen legal", Estudios jurídicos, 2004,

condiciones. Por una parte, que se trate de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas. Por otra, que se aprecie **peligro relevante de reiteración delictiva**, a juzgar por las circunstancias del hecho, antecedentes (no necesariamente penales, ni siquiera policiales),[19] valoración de su personalidad, o de otra información disponible. Y, finalmente, que la toma de muestras biológicas de su persona, la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN y la inscripción del perfil en la base de datos policial, sean **acordadas judicialmente.** El precepto permite llevar a cabo los análisis necesarios únicamente para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo, esto es, para la obtención del llamado "**ADN no codificante".**[20] La muestra con el perfil de ADN podrá obtenerse **sin el consentimiento del condenado**, siempre que para ello se emplee la mínima fuerza indispensable, en atención al principio de proporcionalidad. Así lo establece el párrafo segundo del precepto: «Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

III. Medidas aplicables a entidades sin personalidad jurídica

El actual CP 1995 previó como novedad, en su art. 129 CP y entre las **93**
consecuencias accesorias, la imposición de determinadas medidas a personas jurídicas u otras organizaciones o entidades carentes de personalidad jurídicas. Con el nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica introducido en 2010, el ámbito de aplicación del art. 129 CP queda circunscrito a los casos de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por

pp. 1842 ss.; Matallín Evangelio, Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal, Valencia, 2008; Moreno Verdejo, "ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre", Estudios jurídicos, 2004, pp. 1801 ss.; Steventon, Creating a DNA Database, Journal of Criminal Law, 1995, Vol. 59, Nº 4; Suñé Llinás, Protección de datos personales y genoma humano, 2001.

19. Roig Torres, "Obtención y registro de los identificadores del ADN (art. 129 bis), en González Cussac (dir.) / Matallín Evangelio -Górriz Royo (cords.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, p. 448.

20. Sobre la distinción entre ADN codificante y no codificante, vid. Alonso Alonso, Estudios jurídicos, 2004, pp. 1867 ss.; Magro Servet, La Ley, 2007 (http://diariolaley.laley.es, pp. 3 y 8 ss.); Armenteros León, La Ley, 2007 (http://diariolaley.laley.es, p. 13).; Etxeberria Guridi, "La Ley 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", La Ley, 2008 (http://diariolaley.laley.es, p. 2).

medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas **que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis CP** (art. 129, 1). En tales casos, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el mismo contenido previsto en las letras c) a g) del artículo 33.7 como "penas" para personas jurídicas (cfr. infra, C). Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

94 Según el nuevo art. 129, 2 CP, «las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas".

95 De acuerdo con el apartado 3º del precepto, "la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7».

C. PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS

96 Además de las consecuencias accesorias para organizaciones carentes de personalidad jurídica del art. 129, la LO 5/2010 introdujo en el CP, "penas" para las entidades dotadas de personalidad jurídica. Aunque el CP usa aquí el mismo término –"penas"– que para las personas físicas, todo aconseja entender que estamos frente a una clase bien diferenciada de sanciones, que tienen un fundamento, unos presupuestos y una regulación distintos a los de las penas clásicas (cfr. *supra,* Lección 7, IV 2 D). Ello aconseja tratar de forma separada las penas previstas para las personas jurídicas. Por otra parte, por razón de unidad de la materia es conveniente incluir aquí todos los aspectos de la regulación de esta clase específica de penas –aunque en el CP se encuentre dividida en tres lugares: en el art. 31 bis, en el art. 33, 7 y en el 66 bis.

I. Rasgos fundamentales del nuevo sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica

97 La LO 5/2010 estableció un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica de ***numerus clausus***, circunscrito, por tanto, a un **catálogo cerrado de delitos** legalmente previsto.[21]

98 En otros delitos, no cabe declarar responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sí se prevé la **facultad** de que el Juez adopte alguna de las medidas del **art. 129 CP**. Según la doctrina, en estos casos los presupuestos de aplicación de este precepto para tales casos deben ser los previstos en el art. 31 bis CP.[22]

99 Según el modelo previsto por la LO 5/2010, la responsabilidad de la persona jurídica no sustituye a la de la correspondiente persona física, sino que **se acumula** a ésta.[23] La reforma consagra un modelo de **heterorresponsabilidad** de la sociedad, esto es, de responsabilidad de la empresa por el delito cometido por la persona física que actúe en su nombre o representación. En favor de esta tesis juega el hecho de que en las dos vías de imputación de responsabilidad penal a la sociedad previstas por la LO 5/2010, un presupuesto ineludible de dicha responsabilidad es que el delito haya sido cometido, en todo caso, **por una persona física** vinculada a la persona jurídica, y, además, **en provecho de la sociedad**.[24]

100 No obstante, un sector doctrinal entiende que existen indicios para concluir que el legislador habría previsto un sistema de **autorresponsabilidad**, o de culpabilidad de la empresa por los propios actos. Uno de ellos consistiría en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas también será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya

---

21. El catálogo está formado, concretamente, por los siguientes delitos: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197), estafas y fraudes (art. 251 bis), insolvencias punibles (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288), blanqueo de capitales (art. 302), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis). delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis), delito de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319), delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343), delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348), delitos contra la salud pública (art. 366 y 369 bis), falsedad en medios de pago (art. 399 bis), cohecho (art. 427.2), tráfico de influencias (art. 430), delitos de incitación al odio y a la discriminación (art. 510 bis), organizaciones o grupos criminales (art. 570 quater), financiación del terrorismo (art. 576 bis) y contrabando (art. 2, 6 LO 12/95, de 12 dic., de represión del contrabando).

22. De esta opinión Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/206.

23. No cabe extraer la conclusión contraria del hecho de que en la LO 5/2010 se haya eliminado, finalmente, la frase "la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas", presente en el Anteproyecto 2009.

24. Así Silva Sánchez, La Ley, nº 4 2010, p. 1791; Robles, La Ley cit., p. 10 s.; Gómez Martín, Falsa alarma cit., p. 346 ss.; Boldova, en Romeo Casabona / Sola Reche / Boldova (coord.), Derecho Penal, Parte General, 2013, p. 337.

sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 bis, 2). Otro, en la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física que comete el delito (art. 31 bis, 3).[25]

101 El precepto no define la expresión ***"persona jurídica"***. Tampoco lo hace ningún otro precepto del CP, sin que resulte aplicable, a tales efectos, el concepto de ***"sociedad"*** recogido en el art. 297 CP para los delitos societarios. Será de aplicación el **concepto extrapenal** de persona jurídica. Un presupuesto de dicho concepto es la existencia de **personalidad jurídica**.

102 Cuando se trate de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis CP, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33, 7 CP. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita (art. 129.1 CP).

103 4. Quedan **excluidas (art. 31 quinquies, ap. 1 CP)**: a) el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. El fundamento de la exclusión debe verse en la **relevancia constitucional de la función** que prestan tales entidades. En el caso de las entidades de Derecho público y asimilados, y las entidades mercantiles estatales y ejercientes privados de funciones públicas, la exclusión también se debe a que la imposición de una pena de multa a dichas entidades incidiría negativamente en su capacidad para la correcta prestación de las funciones públicas que tienen encomendadas.[26]

104 El ap. 2 establece que "en el caso de las Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal". Esta última referencia alude a los supuestos de **sociedades pantalla**, esto es, de formas jurídicas creadas por sus

25. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/190.
26. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/134 ss.

promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. El precepto exige que se trate de sociedades constituidas ***ad hoc*** para la consecución de tal objetivo.[27]

II. Vías de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica

105 Ya se ha adelantado que para la imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por un **sistema de doble vía**. Por una parte, la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas **(art. 31 bis, 1 a) CP)**. Por otra, la responsabilidad por delitos cometidos por personas sometidas a la autoridad de quienes tienen poder de representación de la persona jurídicas, por no haberse ejercido el debido control sobre los autores de los delitos **(art. 31 bis, 1 b) CP, párr. II).**

106 1. La **primera vía de imputación** (art. 31 bis, 1 a) CP) consiste en la responsabilidad de la persona jurídica por "los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma". Debe tratarse, como es lógico, de uno de los delitos para los que está expresamente prevista en la Parte Especial del Código penal la responsabilidad penal de la persona jurídica. La expresión «***delitos cometidos***» es lo suficientemente amplia como para comprender, por una parte, el delito consumado y el intentado, y, por otra, los tipos de autoría y los de participación.

107 Literalmente, el precepto prevé un supuesto de **responsabilidad objetiva** por la actuación de otro. Nótese, a este respecto, que la persona jurídica no responde por delitos cometidos por ella, sino por «*sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*».

108 No obstante, un sector de la doctrina entiende que tal insatisfactoria consecuencia puede evitarse interpretando **restrictivamente** el precepto, de modo que la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo sea posible cuando el delito pueda ser imputado a un **defecto de organización** de la sociedad, esto es, a una **omisión del cuidado debido en la evitación de la comisión de delitos** en su seno. Ello sucederá cuando la sociedad no haya implementado mecanismos idóneos de prevención de los delitos que puedan cometer los representantes legales o administradores de la misma en su nombre o representación. Lo contrario enfrentaría

27. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/140.

irremediablemente el precepto con el principio de dolo o culpa (arts. 5 y 10 CP) y al principio de responsabilidad personal como manifestaciones del principio de culpabilidad.[28] Pero la vulneración de este principio no puede tampoco obviarse afirmando la posibilidad de una *verdadera* culpabilidad de la persona jurídica cuando existan en ella defectos de organización u omisión del cuidado debido en la evitación de delitos en el seno de la misma, puesto que tales defectos y omisiones siempre han de deberse a actuaciones de las personas físicas responsables de la organización de la sociedad o de la evitación de delitos en su seno (¡la persona jurídica no puede actuar por sí misma, sino que depende de la actuación de personas físicas!).

109 La persona física que comete el delito debe actuar «*en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto*». La primera exigencia excluye la responsabilidad de la sociedad cuando el representante legal o quien actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica no cometa el delito en tal condición, esto es, lo haga actuando al margen de su función de representación o administración de la sociedad, aunque la comisión del delito favorezca económicamente a la persona jurídica. El segundo requisito (el relativo a la actuación en provecho de la sociedad) exime de responsabilidad a la persona jurídica cuando el representante legal o administrador actúa exclusivamente en beneficio propio, o, incluso, perjudicando a la sociedad. En tal caso, esta última podrá perseguir el hecho como acusación particular. Puesto que el precepto no concreta al respecto, nada impide entender que no es preciso que el "provecho" sea de naturaleza económica. Tras la LO 1/2015, el provecho puede ser **directo** (beneficio empresarial) o **indirecto** (ahorro de costes, beneficio indirecto de grupo, etc.).[29]

110 2. La **segunda vía de imputación** (art. 31 bis, 1 b) CP) consiste en la responsabilidad de la sociedad por delitos cometidos por empleados **sometidos a la autoridad** de los representantes legales o administradores de la persona jurídica. La responsabilidad de la sociedad resulta de la circunstancia de que el delito debe haberse cometido «*por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y de control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*». Del mismo modo que sucede en el art. 31 bis, 1, inciso 1º CP, el delito cometido debe ser uno de aquéllos para los que está expresamente prevista en la Parte Especial del Código penal responsabilidad penal para la persona jurídica. El delito debe ser cometido por un sujeto que opere **en el ámbito de dirección** de los representantes legales o los administradores. No es necesario que se encuentre formalmente vinculado a la empresa a través de un contrato laboral o mercantil. No existe inconveniente, por tanto, en que se trate de un autónomo, o un trabajador subcontratado, siempre que se halle integrado en el ámbito de dominio social. El trabajador debe actuar «*por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la sociedad*».[30]

---

28. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/162.
29. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/174.
30. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/174.

111 El supuesto previsto en el **art. 31 bis, 1** b) **CP** es un caso de responsabilidad de la persona jurídica por **omisión del deber de supervisión, vigilancia y control**. ¿Quién debe haber omitido la vigilancia debida? Debe evitarse entender que esta falta de control deba corresponder a la *persona jurídica*, pues ésta como tal no tiene capacidad de acción ni de omisión. Sólo pueden ejercer control u omitirlo personas físicas, y el CP se refiere a las *personas físicas* a cuya autoridad están sometidos quienes cometen uno de los delitos que pueden generar responsabilidad penal de las personas jurídicas. El texto legal obliga a entender que la omisión del debido control ha de tener lugar directamente *«por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma»* mencionados en la letra a) del art. 31 bis, 1. En empresas de cierta magnitud puede corresponder a otras personas de menor rango el control directo que ha de evitar que otras cometan delitos.

112 La omisión del debido control a que se refiere el precepto que comentamos no ha de verse, pues, como una forma de imprudencia de la propia persona jurídica que permitiría basar la responsabilidad penal de ésta en una verdadera *culpabilidad* de la misma. Ni ésta ni ninguna otra forma de culpabilidad de la persona jurídica se exige cuando comete el delito un representante legal o administrador de hecho o de derecho. Lo coherente es no exigir tampoco culpabilidad de la persona jurídica cuando el autor del delito es otra persona sometida a la autoridad de aquéllas.

113 La omisión de vigilancia que se requiere para que la persona jurídica responda puede verse como una forma de *culpa in vigilando*, que en sí misma no requiere dolo. Según esto, no sería necesario que las personas responsables de la vigilancia de los autores del delito hubieran omitido dolosamente su control. Ello resulta curioso si se tiene en cuenta que los delitos de las personas físicas que pueden generar responsabilidad para la persona jurídica requieren dolo, salvo un par de excepciones (art. 302 en rel. con el 301, 3, y art. 343, 3 en rel. con el 344 CP). ¿Estamos frente a una mezcla de responsabilidad imprudente y dolosa: por *culpa in vigilando* de las personas obligadas a vigilar y de responsabilidad por dolo de las personas físicas que cometen el delito?

114 Tras la LO 1/2015, puede llegar a eximir de responsabilidad penal a la empresa el hecho de que la sociedad disponga de un **programa de prevención de delitos**, en los términos previstos en los ap. 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis CP.

115 Queda zanjada, de este modo, la enconada discusión doctrinal, abierta desde la LO 5/2010, sobre si la puesta en marcha de un *Corporate Compliance Program* podría servir o no para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica. No obstante, el nuevo sistema no quedaría en absoluto liberado de serias dificultades aplicativas.

116 Por una parte, no será en absoluto sencillo determinar cuándo un programa que, no obstante su vocación, no ha conseguido evitar la comisión del delito por parte de una persona física (éste es, recordemos, el presupuesto para la aplicación de la exención de responsabilidad), debe ser calificado desde una perspectiva *ex ante* (como la Circular FGE 1/2012 pone de relieve, desde un punto de vista *ex post* la comisión del delito parecería revelar,

precisamente, todo lo contrario), sin embargo, como idóneo. La regulación sobre programas de cumplimiento contenida en la reforma tiene, ciertamente, pretensiones de exhaustividad. Impulsada por una vocación prácticamente reglamentista, la LO 1/2015 determina, por una parte, quién es quién en los modelos, y por otra, cuáles son los requisitos que deben concurrir, *"en todo caso"* con el objeto de que el programa sirva para eximir de responsabilidad criminal a la empresa.

117 En cuanto al primer aspecto, el nuevo texto hará recaer el deber de adoptar y poner en funcionamiento el programa de cumplimiento en el órgano de administración de la sociedad. Por su parte, otro órgano (que en la incipiente práctica sobre la materia recibe denominaciones tales como "Comisión de cumplimiento ético" o "Comité de cumplimiento"), dirigido por el llamado "Oficial de cumplimiento" (*Compliance Officer*) y "con poderes autónomos de iniciativa y de control", se encargaría del control y la vigilancia de su cumplimiento. Este reparto de competencias (que tendría expresamente prevista una excepción para la empresa autorizada para formular cuentas abreviadas, en la que todo correría a cargo del órgano de administración), entraría en abierta contradicción, no obstante, con la (ya expuesta) segunda vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, en la que, recuérdese, se atribuiría la responsabilidad de supervisar, controlar y vigilar, no al *Compliance Officer*, sino a los sujetos con capacidad de decisión y organización de la empresa.

118 Por lo que respecta a lo segundo, el art. 31 bis, 5 CP dispone que «los modelos de prevención organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior, deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. El modelo de prevención contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo, y requerirá, en todo caso: a) de una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

III. Responsabilidad penal de la persona jurídica y responsabilidad del autor del delito

119 El **art. 31 ter, 1 CP** desvincula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la propia de la persona física que comete el delito. Siempre que concurran

los presupuestos previstos en el art. 31 bis CP, la sociedad responderá aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

120 Un sector de la doctrina interpreta esta circunstancia como un indicador de que el legislador podría haber optado por un modelo de **autorresponsabilidad** de la empresa.[31] No obstante, el **art. 31 ter, 1** vuelve a vincular la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física al establecer una regla de **compensación** de la responsabilidad de la sociedad con la del autor del delito. La regla, que únicamente resultará aplicable cuando la pena impuesta sea de **multa**, persigue evitar situaciones de *bis in idem* en casos de pequeñas empresas en las que el capital de la persona jurídica y el de la persona física del administrador coinciden sustancialmente.

121 El **art. 31 ter, 2 CP** declara que las "circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad" no resultan comunicables a la persona jurídica. La alusión a las «circunstancias que afecten a la *culpabilidad* del acusado» resulta equívoca. Si se entiende en sentido estricto la palabra "culpabilidad", dicha expresión no incluirá las causas de justificación.

122 En sentido estricto, únicamente las circunstancias previstas en los arts. 20, 1º, 2º y 3º CP afectan a la "culpabilidad", entendida en esta obra como normalidad motivacional del reo. De acuerdo con esta comprensión del concepto, todas aquellas atenuantes que no incidan en la imputación personal (como, p. ej., las previstas en los arts. 20, 4º a 20, 7º CP) serían comunicables a la persona jurídica. En un supuesto hipotéticamente imaginable de comportamiento justificado de la persona física representante de la empresa ésta no respondería con pena. Podría desprenderse la conclusión de que la LO 5/2010 podría haber optado —del mismo modo que sucede con los intervinientes personas físicas que se encuentran en una relación de autoría-participación— por un **modelo de accesoriedad limitada** de la persona jurídica con respecto a la persona física que actúe en su nombre o representación.

IV. Circunstancias atenuantes

123 El art. 31 quater CP recoge un **catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.** La enumeración es **cerrada** («*sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*»).

124 La finalidad político-criminal de todas las atenuantes previstas en el art. 31 quater CP es esencialmente **promocional**: se trata de implicar a la sociedad en la **averiguación de los hechos** delictivos cometidos en su seno, la **reparación del daño** producido por el mismo y la **evitación de hechos futuros** de naturaleza similar a los ocurridos, ofreciéndole a cambio una atenuación de la pena. Para conseguirla, la sociedad deberá realizar determinadas actividades **con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales**. Esta última exigencia resulta innecesaria en relación con prácticamente todas las actividades previstas en el precepto. Carece de sentido, por ejemplo, exigir que quien aporte pruebas

31. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/190.

decisivas para el esclarecimiento de los hechos y la reparación del daño causado a la víctima sea **personalmente** el legal representante de la sociedad.[32]

125 Las atenuantes previstas en las **letras a)** ("Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades") **y c)** ("Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al proceso oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito") consisten en la **traslación literal** a las personas jurídicas de las atenuantes previstas para las personas físicas en los **arts. 21, 4ª y 5ª CP**. Esta circunstancia suscita la duda de quién debe ser la persona encargada de confesar la infracción a las autoridades (letra a) o reparar el daño (letra c). Literalmente, el precepto exige que la sociedad realice la confesión o repare el daño «***a través de sus representantes legales***».

126 Esta circunstancia excluye la aplicación del precepto en supuestos en los que la actividad requerida sea realizada por trabajadores (en el caso de confesión, la misma devendrá, en realidad, una denuncia a la sociedad) o, incluso, por los administradores. No obstante, parece claro que el hecho de que la confesión o la reparación deban realizarse «***a través***» de la representación legal de la sociedad no significa que haya de ser necesariamente el representante quien la lleve a cabo **en persona**.[33]

127 Las atenuantes previstas en las **letras b)** ("Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas en cualquier momento del proceso…") **y d)** ("Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica") son específicas para personas jurídicas. En el caso de la atenuante prevista en la **letra b)**, resulta dudoso qué debe entenderse por **pruebas** «***nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos***».

128 Puede suceder, p. ej., que las pruebas aportadas sean **nuevas pero no decisivas**, porque el valor probatorio de las aportadas por alguna parte procesal ya resulte suficiente para el esclarecimiento de los hechos investigados. También puede ocurrir lo contrario: que las pruebas sean **decisivas pero no nuevas**, por haber aportado la sociedad pruebas ya aportadas a la causa con anterioridad por algún coacusado o alguna parte acusadora. La aportación del material probatorio puede realizarse «***en cualquier momento del proceso***». Tal circunstancia puede conducir al siguiente inconveniente. Normalmente, la confesión de la infracción por parte de la sociedad a través de su representante será un medio probatorio "nuevo y decisivo", por lo que en los casos de confesión se producirá un **solapamiento de las atenuantes previstas en las letras a) y b)**. Teniendo en cuenta que para que la confesión pueda desplegar efecto atenuante debe ser realizada «***antes de conocer que el***

32. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/284.
33. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/286 y 288.

procedimiento judicial se dirige contra ella», la atenuante de la letra b) dejará vacía de contenido a la prevista en la letra a).[34]

Por lo que se refiere a la atenuante recogida en la **letra d)**, cuando la Ley se refiere al establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, parece estar aludiendo a la implementación de **programas de prevención penal.** **129**

El programa debe implementarse después de la comisión del hecho delictivo, y, en todo caso, **antes del comienzo del juicio oral**. En tal caso, además de para la aplicación de la atenuante, la existencia del programa servirá para acreditar la ausencia de peligrosidad de reiteración delictiva de la sociedad, a los efectos de evitar la imposición de una pena interdictiva [art. 33, 7 b) a g)] o de medida cautelar (art. 33, 7 *in fine*). En el caso de que en el momento en que tiene lugar el hecho delictivo la sociedad ya tuviera en marcha tal programa, la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad, por acreditar el cumplimiento de los deberes de «***supervisión, vigilancia y control***» referidos por el art. 31 bis, 1 b) CP.[35] **130**

V. Penas previstas para personas jurídicas

El art. 33, 7 CP prevé las siguientes penas para persones jurídicas: **131**

"a) Multa por cuotas o proporcional." **132**

"b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita." **133**

"c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años." **134**

"d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años." **135**

"e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años." **136**

"f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años." **137**

---

34. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/290 ss.

35. Dopico Gómez-Aller, en Ortiz de Urbina (coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2010, 1/294 ss.

138 "g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años."

139 "La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria."

140 "La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa."

VI. Determinación de la pena

141 El art. 66 bis CP contiene reglas de individualización de la pena específicamente previstas para las personas jurídicas. De acuerdo con este precepto:

142 «En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

143 1ª. En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

144 a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

145 b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.

146 c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

147 2ª. Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración

máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: **148**

a) Que la persona jurídica sea reincidente. **149**

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. **150**

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) de apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años. **151**

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: **152**

a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del apartado 1 primer número del artículo 66. **153**

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». **154**

ÍNDICE ANALÍTICO

(Los asteriscos indican el lugar principal en que se trata el tema)

Absorción
Tratamiento del concurso real, 27/57
Abuso de confianza, 26/16 y 18*
Abuso de superioridad, 26/16 s*
Accesoriedad de la participación, 14/6, 38, 47, 58 y 71, 15/2, 29, 33, 34 ss* y 40, 19/30
Limitada, 15/33 y 34 ss*
Máxima, 15/34*
Mínima, 15/34*
Acción, 6/7, 7/1 ss*
Ausencia, 8/1 ss*
Causal, 7/7 y 8 ss*, 8/9 ss*
Final, 7/7 y 15 ss*, 8/9 ss*
Social, 7/7 y 18 ss*
Actio libera in causa, 8/6 ss*, 23/21, 27 y 28, 24/29
Actos preparatorios
Diferencia con actos ejecutivos, 13/50 ss*
Punibilidad, 13/29*
Punibles, 9/44, 13/1, 5, 8, 12, 16, 20 y 28 ss*
Actos en corto circuito, 8/36 s*
Acumulación material
Tratamiento del concurso real, 27/50, 55 y 59 ss*
Adecuación social, 6/34, 10/58, 18/46, 19/45 ss*
ADN
Obtención y registro de identificadores de ADN, 34/92*
Agente provocador, 15/71 ss*
Agravantes (ver **Circunstancias agravantes**)
Agresión ilegítima, 16/43 ss*, 18/25 s y 82
Actualidad de la agresión, 16/48 y 52 ss*
Agresión, 16/43 ss*
Ilegitimidad de la agresión, 16/50 s*
Alevosía, 26/11 ss*
Alteración de la percepción, 20/30, 22/13, 23/47 ss*
Eximente incompleta, 23/52*
Medidas de seguridad, 23/52 s*
Alteraciones psíquicas, 20/30, 22/10
Fórmulas biológicas, 22/21*
Fórmulas mixtas, 22/21*
Fórmulas psicológicas, 22/21*
No transitorias (permanentes), 22/16 ss*
Amnistía, 33/13 ss*
Analogía, 4/16
In bonam partem, 4/42 s*
In malam partem, 4/42 s*
Anomalías psíquicas, 20/30, 22/10
Fórmulas biológicas, 22/21*
Fórmulas psicológicas, 22/21*
Fórmulas mixtas, 22/21*
No transitorias (permanentes), 22/16 ss*
Anormalidad motivacional, 24/1
Por la situación, 24/1 ss
Antecedentes penales, 33/74 ss*
Cancelación, 33/77 ss*
Registro Central de Penados y Rebeldes, 33/74*
Registro de Penados, 33/74
Antijuridicidad, 5/8 ss y 17 ss*
Ausencia, 16/1 ss*
Evolución histórica del concepto de, 6/11 ss*

Imputación personal, 20/23 ss*, 21/22
Penal, 2/42, 5/14 ss*, 6/1 ss* y 216 de julio de 20028 ss, 16/10
Penal formal, 6/9
Penal material, 6/9 s
Relación con tipicidad, 6/18 ss
Antropología criminal, 1/29*
Apología, 13/29, 43*
Arresto de fin de semana, 28/16
Atenuantes (ver **Circunstancias atenuantes**)
Ausencia de antijuridicidad, 16/1 ss*
Teoría de los elementos negativos del tipo, 16/5
Autor, 6/3
Concepto doctrinal, 14/2 ss*
Concepto extensivo, 14/12 ss*
Concepto ontológico, 14/2 ss*
Concepto restrictivo, 14/17 ss*
Concepto unitario, 14/10 s*
Doctrina del acuerdo previo, 14/15*
Relación de pertenencia, 14/31* y 60
Teoría del dominio del hecho, 14/26 ss*
Teoría objetivo-formal, 14/19 ss*
Teoría objetivo material, 14/22 ss*
Autoría mediata, 13/65, 14/27, 32 y 50 ss*, 18/81
Comienzo de tentativa, 14/72 ss*
Instrumento doloso no cualificado, 14/58 ss*, 15/46
Instrumento doloso sin intención, 14/65 s*
Instrumento sin antijuridicidad, 14/57 ss*, 18/82
Instrumento sin libertad o sin conocimiento, 14/51
Instrumento sin posibilidad de imputación personal, 14/70 s*
Límites, 14/78 s*

Beneficios penitenciarios, 32/32*
Bien jurídico, 4/50 ss*, 9/16
Penal, 4/51 ss, 6/37 ss*

Cadena perpetua, 29/14
Casas de corrección, 29/4 ss y 7
Causa de exculpación (o de disculpa), 22/14, 24/6 ss*
Concepción normativa de la culpabilidad, 20/11 ss*, 24/9
Concepción psicológica de la culpabilidad, 20/6 ss*, 24/8
Concepción puramente normativa de la culpa, 20/18 ss*
Estado de necesidad exculpante, 24/12 y 16
Miedo insuperable, 24/12 y 17 ss*
Teoría de la no exigibilidad, 24/10 ss
Causa eficiente, 10/36*
Causalidad (ver también **Relación de causalidad**)
Adelantada, 10/24*
Cumulativa, 10/17 ss y 27 ss*
Hipotética, 10/15 ss*
Indirecta o mediata, 10/25*
Material, 20/6*
Psíquica, 20/6*
Causas de justificación, 5/22, 6/8, 16/1 ss*
Ausencia, 6/61 ss
Putativas, 16/12*
Ciencia del derecho penal, 1/28
Circunstancia mixta de parentesco, 26/53 ss*
Agraviado, 26/59*
Circunstancias agravantes, 25/1, 26/1 ss*
Comunicabilidad, 26/9*
Elementos accidentales, 25/2
Imputación personal, 26/2
Objetivas, 26/5 s* y 10 ss*
Subjetivas, 26/7 s* y 24 ss*
Circunstancias atenuantes, 25/1 y 17 ss*
Adicción, 25/29 s*
Atenuantes analógicas, 25/26 ss* y 51 ss*
Confesión de la infracción, 25/42 ss*
Dilaciones indebidas 25/48 ss
Elementos accidentales, 25/2
Estado pasional, 25/31 ss*
Eximentes incompletas, 25/18 ss*
Minoría de 18 años, 25/39 ss*
Reparación del daño, 25/42 ss*
Coacciones, 18/53 ss
Coautor, 14/27, 15/2 ss*
Dominio funcional del hecho, 14/27*
Coautoría, 14/32, 15/1 ss*
Autoría accesoria, 15/17*
Doctrina del acuerdo previo, 15/6* y 11*
En delitos imprudentes, 15/24*
En los delitos de omisión, 15/25*
Imputación recíproca, 15/2* y 17

Mutuo acuerdo, 15/2* y 13*
Sucesiva, 15/16*
Coautoría anticipada, 13/33*
Codelincuencia, 13/31, 25/7
Comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, 25/7
Colisión de deberes, 17/8 ss*, 47 y 51 ss*, 18/16
Comienzo de ejecución, 13/50 ss*
Comisión por omisión, 12/13 ss* y 33 ss*
Causalidad hipotética, 12/78
Imputación objetiva, 12/79
Posición de garante, 12/33 ss*
Comiso, 34/79 ss*
Cómplice, 15/78 ss*
Delimitación con cooperador necesario, 15/78 ss*
Comportamiento alternativo correcto, 11/60 ss
Teoría del incremento del riesgo, 11/63 ss
Comportamiento humano, 6/7, 7/1 ss
Ausencia, 8/1 ss*
Concurso de delitos, 27/35 ss*
Concurso ideal, 27/37 ss*
Concurso medial, 27/47 ss*
Concurso real, 27/54 ss*
Concurso de leyes, 27/64 ss*
Principio de alternatividad, 27/82*
Principio de combinación, 27/67*
Principio de consunción, 27/75 ss*
Principio de especialidad, 27/70 s*
Principio de non bis in idem, 27/64 y 83
Principio de subsidiariedad, 27/72 ss*
Concurso ideal, 27/2 y 36 ss*
Heterogéneo, 27/38 ss*
Homogéneo, 27/38 ss*
Tratamiento, 27/50 ss*
Unidad de acción por efecto de abrazamiento, 27/46*
Concurso medial, 27/36 y 47 ss*
¿Concurso ideal o real?, 27/48
Tratamiento, 27/50 ss*
Concurso real, 27/2 y 36
Concurso medial, 27/36 y 47 ss*
Tratamiento, 27/55 ss*
Condena condicional, 1/38, 3/76, 28/2, 12 y 16, 29/29 ss*
Condicio sine qua non, 10/11 ss*
Condición ajustada a las leyes de la naturaleza, 10/22*
Condiciones de procedibilidad, 6/71
Condiciones objetivas de punibilidad, 5/32 ss, 6/64 ss*
Impropias, 6/66 ss*
Propias, 6/66 ss*
Consecuencias jurídicas del delito, 28/1 ss*
Consecuencias accesorias, 34/78 ss*
Consentimiento de la víctima, 18/46, 51 y 53, 19/1 ss*
Acuerdo, 19/2* y 7 ss*
Consentimiento en sentido estricto, 19/6 ss*
En el aborto, 19/17*
En las lesiones, 19/18 ss*
En los delitos contra la vida humana, 19/15 s*
En los delitos imprudentes, 19/27 ss*
Requisitos, 19/31 ss*
Consentimiento presunto, 19/40 ss*
Conspiración, 13/1, 5 y 33 ss*
Coautoría anticipada, 13/33*
Consumación, 13/80
Diferencia con la terminación, 13/80
Control social, 1/1*
Cooperación, 15/78 ss*
Actos de vigilancia, 15/84*
Cooperador necesario, 15/78 ss*
Cómplice, 15/78 ss*
Cooperador necesario, 15/78 ss*
Delimitación con complicidad, 15/78 ss*
Corrección, 3/34
Criminología clásica, 1/29*
Criminología crítica, 1/29 s*
Cuadrilla
Circunstancia agravante, 26/21*
Culpa, 6/3, 11/2
Clases, 11/6 ss
Concepción normativa de la culpabilidad, 20/15*
Concepción psicológica de la culpabilidad, 20/6 ss*
Consciente, 11/7*, 9
Culpa lata, 11/11*
Culpa levis, 11/14*
Inconsciente, 11/8 s*
Culpa consciente, 10/87

Culpa *facti*, 21/43
Culpa *iuris*, 21/43
Culpabilidad, 5/8 s, 20/2*
Concepción normativa, 20/11 ss*
Concepción psicológica, 20/6 ss*
Concepción "puramente normativa", 20/18 ss*
Cumplimiento de un deber, 18/16 ss*
Diferencia con estado de necesidad, 17/7*
Necesidad abstracta, 18/27*
Necesidad concreta, 18/27*
Proporcionalidad, 18/28*
Cumplimiento de un deber y ejercicio de, 18/1 ss*

Daño patrimonial y moral, 1/19 y 25
Delicuente por convicción, 20/26*
Delito, 1/1, 5/7 y 14
Delito alternativo, 9/33 s
Delito común, 9/46*
Delito continuado, 27/15 ss*
Delito masa, 27/35
Dolo conjunto, 27/26 s*
Dolo continuado, 27/26 s*
Requisitos, 27/26 ss*
Teoría de la ficción, 27/18 s*
Teoría de la realidad jurídica, 27/21*
Teoría realista, 27/20*
Tratamiento, 27/29 ss*
Unidad normativa relativa, 27/27*
Delito cualificado por el resultado, 4/69, 9/45, 11/71
Delito de acción, 12/7
Delito de encuentro, 9/54*
Delito de expresión, 10/145*
Delito de hábito, 9/35*
Delito de lesión, 9/60*
Delito de medios determinados, 9/31 s*
Delito de omisión, 9/28*, 12/7*
Comisión por omisión u omisión impropia, 9/29
Pura o propia, 9/29*
Delito de peligro, 9/60 ss*, 11/52
Abstracto, 9/61 ss*
Concreto, 9/61 ss*
Peligro estadístico, 9/65*
Delito de pluralidad de actos, 9/33 ss
Delito de propia mano, 9/52*
Delito de resultado, 9/31 s*
Delito de resultado cortado, 9/40 s*, 10/143
Delito de tendencia interna intensificada, 9/40 ss*, 10/144
Delito de un acto, 9/33 s*
Delito especial, 9/46 ss*
Impropio, 9/49 s*
Propio, 9/47 s*
Delito imposible, 13/22 y 82 ss*
Peligrosidad estadística, 13/84*
Delito instantáneo, 9/25 s*
Delito mutilado de dos actos, 9/40 s*, 10/143
Delito permanente, 9/25 s*
Delito putativo, 13/91 ss*
Delitos de acción, 9/28
Delitos de estado, 9/25 s*
Delitos de mera actividad, 9/18 s*
Delitos de resultado, 9/18 s*
Derecho administrativo sancionador, 1/3*
Derecho de gracia, 33/11
Derecho penal, 1/1 ss* y 27 ss
Componentes, 1/11 ss*
Disciplinas, 1/28 ss*
Objetivo, 1/8 ss* y 16 s*
Sentido objetivo y subjetivo, 1/7
Sentido subjetivo, 4/1
Derecho penal administrativo, 1/5
Derecho penal de autor, 4/68*, 7/27
Derecho penal del hecho, 4/63 y 68*, 7/27
Derecho penal del terror, 29/3
Derecho penal juvenil, 23/37*
Derecho penitenciario, 32/3
Desistimiento voluntario, 13/46, 49, 62 y 94 ss*
De los actos preparatorios punibles, 13/109 ss*
En la tentativa acabada, 13/107 ss*
En la tentativa inacabada, 13/107 ss*
Teoría del premio, 13/97*
Despoblado
Circunstancia agravante, 26/21*
Desvalor de la acción, 6/16
Desvalor de la conducta, 6/10, 28, 35 y 50*, 10/48
Falta, 6/60
Desvalor de resultado, 6/10, 13, 16, 28, 36, 47* y 51, 10/48
Falta, 6/60

Determinación de la pena, 31/1 ss*
Determinación del marco penal, 31/12 ss*
Individualización administrativa, 31/5*
Individualización judicial, 31/5 y 53 ss*
Individualización legal, 31/5
Determinación judicial de la pena, 31/53 ss*
Teoría de la pena exacta o puntual, 31/57
Teoría del espacio de juego, 31/60*
Teoría del valor posicional, 31/61*
Disfraz, 26/20
Dogmática jurídico-penal, 1/28
Dolo, 6/3 y 67 ss*
Concepción normativa de la culpabilidad, 20/15*
Concepción psicológica de la culpabilidad, 20/6 s*
Conjunto, 27/26 s*
Continuado, 27/26 s*
Directo de primer grado, 6/57, 10/83*
Directo de segundo grado, 6/57, 10/84 ss*
Dolo natural, 10/67* y 106, 20/21, 21/6* y 43
Dolo típico, 10/69*
Dolus malus, 10/66 y 106, 20/21, 21/3* y 43
Eventual, 6/57, 10/87 ss
Dolus subsequens, 12/60

Ejercicio de un derecho, 18/32 ss*
Elemento descriptivo del tipo, 9/67*
En relación con el dolo típico, 10/74 ss
Elemento normativo del tipo, 9/68 ss*
En relación con el dolo típico, 10/74 ss
Jurídico, 9/68 ss*
Social, 9/68 ss*
Elementos subjetivos del tipo, 10/141 ss*
Ausencia, 10/147 ss*
Clases, 10/143 ss*
Elementos típicos accidentales, 10/79 ss*, 25/2
Embriaguez
Culposa, 23/25* y 31
Fortuita, 23/25*
Letárgica, 23/24*
Plena, 23/24*
Preordenada al delito, 23/25* y 31
Semiplena, 23/24*
Voluntaria simple, 23/25* y 31
Embriaguez letárgica, 8/44*
Ensañamiento, 26/22 s*
Epilepsia, 22/30*
Error de derecho, 10/109*, 21/4 s* y 35
Extrapenal, 21/28, 33
Error de hecho, 10/109,* 21/4 s* y 35
Error de permisión, 16/22*, 21/12*
Error de prohibición, 10/104 y 115 ss*, 21/1 ss*
Al revés, 13/91*
Burdo, 21/7 s*, 19, 32 y 44
Error de permisión, 21/12
Invencible, 20/21 y 32, 21/1
Teoría de la culpabilidad, 10/106, 21/6*, 20, 30, 40 y 43
Teoría del dolo, 10/106, 21/3*, 11, 19, 30 y 43
Teoría estricta de la culpabilidad, 21/14*
Teoría restringida de la culpabilidad, 21/15*
Vencible, 21/1
Error de subsunción, 10/77 s*
Error de tipo
Concepto, 10/104 ss*
Error al revés, 10/118 y 123, 13/91 ss*
Error invencible, 10/113 s*
Error sobre elementos accidentales, 10/119 ss*
Error sobre elementos esenciales, 10/110* ss
Error vencible, 10/111 s*
Modalidades particulares de error, 10/129 ss*
Error de tipo negativo, 16/22* y 86
Error judicial, 29/28
Error presupuestos causa de justificación, 10/107, 21/10* y 38
Teoría de los elementos negativos del tipo, 21/16
Error sobre la culpabilidad, 10/108, 24/28*
Error sobre la imputación personal, 10/126
Esquizofrenia, 22/27 y 38*
Estado de Derecho, 4/3
Estado de necesidad, 17/1 ss*
Colisión de deberes, 17/8 ss*, 47 y 51
Defensa que recae sobre un tercero, 17/6*
Definición, 17/2*
Diferencia con ejercicio de un deber, 17/7*

Diferencia con legítima defensa, 17/3 ss*
Elementos, 17/32 ss*
Estado de necesidad defensivo, 17/69*
Exculpante, 17/21 ss*
Justificante, 17/20 ss*
Necesidad abstracta, 17/60 ss*
Necesidad concreta, 17/60 ss*
Principio de proporcionalidad, 17/67 ss*
Putativo, 17/36 y 91
Estado de necesidad exculpante, 17/21 ss*, 24/12 y 16
Estado democrático, 4/3, 20/50 s
Estado social, 4/3, 20/50
Exasperación (o asperación)
Tratamiento del concurso real, 27/58
Exculpación (ver **Causas de exculpación**)
Excusas absolutorias, 5/36 ss*
Eximente incompleta, 16/27*, 19/36, 25/18 ss*
Medidas de seguridad, 22/54*
Extinción de la responsabilidad penal, 33/1 ss*
Causas, 33/3
Diferencia con las eximentes, 33/1
Extradición, 1/51 ss*

Fragmentariedad, 3/73, 4/47 y 49
Frustración, 13/21 y 46*
Fuerza irresistible, 8/2 y 17 ss*, 22/14
Actio libera in causa, 8/31
Delitos de omisión, 8/32
Física, 8/27
Personal, 8/28

Hipnotismo, 8/41 s*

Impericia profesional, 11/30*
Imprudencia, 6/3, 11/2 ss*
Clases, 11/6 ss
De derecho (iuris), 21/24 y 40
De hecho (facti), 21/40
En la concepción psicológica de la culpabilidad, 20/6 ss*
Imprudencia grave (temeraria), 11/17 ss*
Imprudencia leve (simple), 11/7 y 11*
Imputabilidad, 22/1 ss*
Causas de inimputabilidad, 20/30 y 37
Concepción normativa de la culpabilidad, 20/14
Concepción puramente normativa de la culpabilidad, 20/18 ss
Normalidad motivacional, 22/7 s*
Imputación objetiva, 6/34, 10/6 ss* y 47 ss*
Ausencia, 10/50 ss y 134
De la conducta, 10/49 ss*
Del resultado, 10/58 ss*
Imputación personal, 5/8 y 23 ss*, 20/1 ss*
Antijuridicidad, 20/23 ss*, 21/22
Fundamento material, 20/38 ss*
Imputación recíproca, 13/31, 15/2* y 16
Inconsciencia, 8/2 y 40 ss*
Actio libera in causa, 8/42 s
Indemnidad, 5/30
Inducción, 15/50 ss*
Agente provocador, 15/61 ss*
A un hecho doloso, 15/52 ss*
A un hecho imprudente, 15/75 s*
Coinducción, 15/63
En cadena, 15/63*
Fracasada, 15/67*
Inducción accesoria, 15/63
Mediata, 15/63*
No seguida de resultado, 15/68*
Por omisión, 15/63*
Tentativa, 15/69*
Indulto, 33/11 ss*
Inexigibilidad, 20/44, 24/1* y 5
Causas de, 20/37
Inimputabilidad
Causas de, 20/30 y 37
Medidas de seguridad, 22/49 ss*
Inmunidad, 5/30
Inocuización, 3/34
Intimidación, 3/34
Intoxicación, 23/22 ss*
Atenuante analógica, 23/30
Embriaguez alcohólica, 23/23
Eximente incompleta, 23/30
Intoxicación grave, 20/30
Intrusismo, 18/57
Inviolabilidad, 5/30
Iter criminis, 13/3*
Ius puniendi, 1/7
Límites, 4/2 ss*

Juez de vigilancia, 32/3 y 42
Juzgados de menores, 23/36

Legítima defensa, 16/37 ss*
Agresión ilegítima, 16/43 ss*
Defensa necesaria, 16/60 ss*
Diferencia con estado de necesidad, 17/3 ss*
Exceso extensivo, 16/54 y 63*
Exceso intensivo, 16/63 ss*
Fundamento individual, 16/38 ss*
Fundamento supraindividual, 16/38 ss*
Legítima defensa preventiva, 16/52
Necesidad abstracta de la defensa, 16/62*
Necesidad concreta de la defensa, 16/62*
Principio del interés preponderante, 16/39*
Problema de la riña, 16/55 ss*
Putativa, 16/83 ss*
Requisitos, 16/42 ss*
Ley en blanco al revés, 2/31*
Ley penal en blanco, 2/18 ss*
Libertad condicional, 1/38, 28/12 y 16, 32/20 ss*, 33/8
Libertad vigilada, 34/29, 35, 38 y 45 ss*
Fundamento, 34/46 ss*
Incumplimiento, 34/67
Procedimiento, 34/65
Reglas de conducta, 34/50 ss
Localización permanente, 28/16, 20 y 54, 29/15 ss*, 30/51 y 53
Lugar del delito, 9/20 ss*
Teoría de la actividad, 9/21*
Teoría de la ubicuidad, 9/21 s*
Teoría de la valoración jurídica, 9/21*
Teoría del resultado, 9/21 s*

Mandato de determinación, 4/16 s*, 6/4
Medidas de seguridad, 1/1, 10 y 12 ss, 3/61, 20/52, 22/15 y 49 ss, 23/33 s y 52 s, 28/3 y 18, 34/1 ss*
Función, 3/56 ss*
No privativas de libertad, 34/26 ss*
Postdelictuales, 1/14
Predelictuales, 1/13, 34/2
Principio de legalidad, 34/2 y 4 ss*
Privativas de libertad, 34/19 ss*
Quebrantamiento, 34/74 ss*
Miedo insuperable, 8/17, 20/37, 22/14, 24/16 ss*
Error, 24/27
Estado de necesidad, 24/22

Minoría de edad penal, 20/30, 22/12, 23/35 ss*
Delito continuado, 23/46
Delitos de resultado, 23/45
Delitos permanentes, 23/46
Eximente incompleta, 25/38
Medidas de seguridad, 23/36
Responsabilidad penal del menor, 23/35
Movimientos reflejos, 8/2 y 33 ss*
Actio libera in causa, 8/35
Multa
Administrativa y penal, 1/2 y 4*
Pena de, 28/2, 16 y 22, 30/39 ss*
Sistemas de los días-multa, 30/43 ss*

Neurosis, 22/35 s* y 47*
Eximente incompleta, 22/47*
Trastorno mental transitorio, 22/47
Nocturnidad
Circunstancia agravante, 26/21
Non bis in idem, 1/6*, 27/82
Norma, 1/10 y 17, 2/34
Jurídica, 2/2 ss*
Jurídico-penal, 2/2 y 11
Preceptiva, 12/1*
Primaria, 2/4 ss* y 35, 5/24, 20/4
Prohibitiva, 12/1*
Secundaria, 2/4 ss* y 35, 5/27
Norma de cuidado, 11/1 y 29 s*
Norma de determinación, 2/32 ss*, 6/13
Imputación personal, 20/4, 11 y 28
Subjetiva, 2/34
Norma de valoración, 2/32 ss*
Objetiva, 2/34
Normalidad motivacional, 20/37, 22/7 s*

Obediencia debida, 18/58 ss*
Obediencia jerárquica, 18/83
Objeto
De la acción, 6/40, 9/15
Jurídico, 9/15 s*
Material, 6/40, 9/15
Oligofrenia, 22/32 s* y 42 ss*
Atenuante analógica, 22/44
Debilidad mental, 22/33* y 44*
Eximente incompleta, 22/44
Idiocia, 22/33* y 42 s*
Imbecilidad, 22/33* y 42 s*

Omisión impropia, 12/14*
Omisión propia, 12/14*
Omisión pura, 12/13*

Paranoia, 22/28* y 38*
Participación, 15/26 ss*
Cooperación, 15/27
Dolosa, 15/37 ss*
Fundamento del castigo, 15/29 ss*
Inducción, 15/27
No dolosa, 15/37 ss*
Participación necesaria, 9/56*
Partícipe, 6/3
Peligrosidad, 1/14, 3/59, 22/15, 34/9 ss*
Criminal, 34/9
Estadística, 13/24 y 83*
Objetiva, 13/23 ss
Pena, 1/1, 9 y 11*, 3/63
Determinación de la pena, 31/1 ss*
Determinación del marco penal, 31/12 ss*
Indeterminada, 28/3
Pena corporal, 28/1
Pena de muerte, 28/1
Abolición, 28/77 ss*
Leyes militares, 28/98*
Tiempo de guerra, 28/97*
Pena privativa de libertad, 28/1, 11 y 20
En el Código penal, 29/12 ss*
Orígenes, 29/1 ss*
Mediación, 29/40
Suspensión de la ejecución, 29/30 ss*
Sustitución de la pena, 29/68 ss*
Pena privativa de otros derechos, 28/21, 30/1 ss*
Accesorias, 28/21, 30/4 y 32 ss*
Derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotor, 30/18*
Derecho a la tenencia y porte de armas, 30/20
Derecho a residir en determinados lugares o acudir, 30/21*
Inhabilitaciones, 30/1 y 5 ss*
Principales, 28/21, 30/4 ss*
Suspensión de empleo o cargo público, 30/1 y 9*
Trabajos en beneficio de la comunidad, 30/2 y 23 ss*
Poder actuar de otro modo, 20/39 ss*
Política criminal, 1/22 y 31*
Precio, agravante de, 26/24 ss*
Prescripción de la pena, 33/23 ss*
Delito de genocidio, 33/60*
Interrupción, 33/64*
Plazos, 33/52 ss*
Prescripción de la reincidencia, 33/84
Prescripción de las medidas de seguridad, 33/73*
Prescripción del delito, 33/23 ss*
Delito continuado, 33/63*
Delito de genocidio, 33/49*
Delito permanente, 33/63*
En concurso de infracciones, 33/39 ss
En delitos conexos, 33/46 ss
Encubridores, 33/63
Interrupción, 33/64*
Partícipes, 33/63*
Plazos, 33/28 ss*
Tentativa, 33/63*
Preterintencionalidad, 11/70 ss*
Delito cualificado por el resultado, 11/71 ss
Prevención, 2/41, 3/14 ss* y 41 ss
Especial, 3/27 ss*, 28/3 y 86, 31/55 y 66, 32/37
General, 3/17 ss*, 4/75, 28/86, 31/55, 32/37
Principio de alternatividad
Concurso de leyes, 27/82*
Principio de consunción, 25/14, 27/75 ss*
Principio de culpabilidad, 2/42, 4/63 ss*, 5/6, 7/52, 31/56
Principio de dañosidad, 5/20 s*
Principio de derecho universal, 1/49*
Principio de dolo o culpa, 4/63 y 69*
Principio de ejecutoriedad, 18/77
Principio de especialidad
Concurso de leyes, 27/69 s
Extradición, 1/51 ss*
Principio de humanidad de las penas, 4/60 ss*, 32/37
Principio de igualdad, 20/50, 28/5, 31/71
Principio de imputación personal, 2/42, 4/63 y 70 ss*
Principio de insignificancia, 6/34, 16/36, 18/46, 19/51*
Principio de intervención mínima, 4/47*
Principio de irretroactividad, 4/13* y 33 ss*
Principio de la doble incriminación, 1/53*

Principio de legalidad, 1/1 y 53, 4/5 ss*, 5/6, 6/4
Actividad penitenciaria, 32/6*
Garantías, 4/11 ss*
Principio de lesividad, 5/20 s*
Principio de necesidad, 4/44, 17/7, 18/23, 41 y 44
Principio de personalidad, 1/46*, 4/63 y 67, 33/6
Principio de personalidad de las penas, 4/63 y 67, 7/47 y 52
Principio de proporcionalidad, 3/10 y 21, 4/73 ss*, 17/7, 18/23 y 28, 28/86, 31/80
En el ejercicio de un derecho, 18/41* y 44*
En el estado de necesidad, 17/67*
Principio de subsidiariedad, 4/47 s
Concurso de leyes, 27/72 ss*
Principio de territorialidad, 1/41 ss*
Principio del pabellón, 1/44*
Principio real, 1/47 s*
Principios, 1/10 y 17, 2/1, nota 1* y 36
Prisión preventiva, 28/72, 29/25 y 27
Prisión permanente revisable, 29/15 ss*
Probation, 28/2, 29/30 y 37
Promesa, agravante de, 26/24 ss*
Proposición, 13/5 y 37 ss*
Provocación, 13/5 y 37 ss*
Apología, 13/29 y 43*
Psicología criminal, 1/29
Psicopatía, 22/34* y 45 s*
Eximente incompleta, 22/45
Psicosis, 22/26 ss* y 38*
Eximente incompleta, 22/38
Psicosis endógenas, 22/26 ss*
Psicosis exógenas, 22/31*
Psicosis maníaco-depresiva, 22/29* y 38 s*
Psicosis sifilíticas, 22/31*
Psicosis sintomáticas, 22/31*
Psicosis traumáticas, 22/31*
Punibilidad, 5/15 y 29 ss*

Reacciones explosivas, 8/36
Reacciones primitivas, 8/36
Recompensa, 26/24 ss*
Redención de penas por el trabajo, 28/12 y 17, 32/33
Registro central de penados y rebeldes, 29/60, 33/74
Registro de penados, 33/74
Reincidencia, 26/34 ss*
Específica, 26/48
Genérica, 26/35 y 48
Multirreincidencia, 26/35
Relación de autoría, 10/60
Relación de causalidad (ver también **Causalidad**), 10/6 ss, 10 ss* y 60
Interrupción del nexo causal, 10/39 s y 59*
Relación de riesgo, 10/6, 58 y 60
Resocialización, 3/34, 36 ss*, 78 y 83, 4/77s, 28/4, 12 y 88, 29/14
Responsabilidad civil, 1/18 ss*, 16/12 y 33, 29/49
Diferencia con la responsabilidad penal, 1/25*
Responsabilidad colectiva, 4/67, 7/40
Responsabilidad objetiva, 4/69*
Responsabilidad penal, 1/25
Diferencia con la responsabilidad civil, 1/25*
Extinción, 33/1 ss*
Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 7/40 y 45 ss*,
Consecuencias jurídicas, 34/93 ss
Modelos de prevención de delitos, 7/51, 34/101, 105, 108 ss*
Penas para personas jurídicas 34/98 ss
Responsabilidad penal del menor, 23/35*
Responsabilidad por el hecho, 4/63 y 68*
Responsabilidad por el resultado, 4/69*
Retribución, 3/3 ss* y 41 ss, 28/76
Riesgo permitido, 11/33 y 36, 19/46
Riesgo típico, 10/47 y 49 ss
Adecuación social, 10/57
Disminución del riesgo, 10/50 s*, 18/50
Riesgo insignificante, 10/52 ss*

Sanciones administrativas, 1/2 ss*, 4/48
Medida procesal, 28/74 s
Síndrome de abstinencia, 22/11, 23/2 y 32*, 25/29
Atenuante ordinaria analógica, 23/32
Eximente incompleta, 23/32
Sistema de aislamiento celular, 29/8
Sistema de Auburn, 29/8*
Sistema de la doble vía, 3/60*
Sistema de penas, 28/9 ss*

Sistema monista, 3/60*
Sistema vicarial, 3/60*, 22/55, 23/34 y 54, 25/25, 34/24
Sociología criminal, 1/29
Sociología del Derecho penal, 1/28
Sueño, 8/43
Sujeto del delito
Activo, 9/6 ss*
Pasivo, 9/6 ss*
Perjudicado, 9/13*

Tentativa, 6/3, 9/44, 13/1 y 45 ss*
Acabada, 13/21, 62*, 78, 80 y 107
De inducción, 13/42*
Desistimiento voluntario, 13/46, 49, 62 y 94 ss*
Inacabada, 13/21, 62* y 77
Inidónea, 13/22 y 82 ss*, 19/34
Irreal, 13/22 y 87*
Supersticiosa, 13/88
Teoría de la adecuación, 6/50, 10/35 y 41 ss*
Teoría de la aprobación, 10/90 ss*
Teoría de la condición, 10/11 ss*
Teoría de la culpabilidad, 21/6 ss*
Teoría de la diferenciación, 3/46
Estado de necesidad, 17/19 ss*
Pena, 3/46
Teoría de la equivalencia de las condiciones, 10/11 ss*
Teoría de la imputación objetiva, 6/50, 10/6, 35 y 47 ss*
Ámbito, 10/60 ss*
De la conducta, 10/48 ss*
Del resultado, 10/48 y 58 ss*
Teoría de la probabilidad, 10/73, 95 ss*
Teoría de la representación, 10/73 y 95 ss*
Teoría de la voluntad, 10/73*
Teoría de los elementos negativos del tipo, 6/27 y 32, 16/5, 21/16
Teoría del consentimiento, 10/90 ss*
Teoría del delito, 5/2
Teoría del dolo, 21/3*
Teoría del espacio de juego, 3/55*, 31/60*
Teoría dialéctica de la unión, 3/50 ss*
Teoría individualizadora de la causalidad, 10/36 ss*
Teorías de la pena
Absolutas, 3/8*
Relativas, 3/15*

Tiempo del delito, 9/20 ss*
Teoría de la actividad, 9/21 y 23 s*, 33/63
Teoría de la valoración jurídica, 9/21
Tipicidad, 4/16
Antijuridicidad, 6/18 ss*
Elementos estructurales, 9/2 ss*
Penal, 6/2, 6 y 28 ss
Tipo
Clases, 9/17 ss*
De autoría, 9/53*
De imperfecta ejecución, 6/3, 9/44, 13/1 ss*
De omisión, 6/3, 12/1 ss*
De participación, 9/53*
Doloso, 6/3, 10/1 ss*
Imprudente (o culposo), 6/3, 11/1 ss*
Tipo de imperfecta realización
Actos preparatorios, 13/5
Fase de ejecución, 13/5 y 50 ss*
Tipo de omisión
Actuar precedente (o injerencia), 12/55 ss*
Clases, 12/13 ss*
Comisión por omisión, 12/33 ss*
Concepto, 12/1 ss*
Dolo, 12/30 ss*
Posición de garante, 12/12 18 y 33 ss*
Pura, 12/26 ss*
Tipo doloso
Imputación objetiva de la conducta, 10/49 ss*
Imputación objetiva del resultado, 10/58 ss*
Parte objetiva, 10/1 ss*
Parte subjetiva, 10/66 ss*
Relación de causalidad, 10/10 ss*
Tipo imprudente
Concepto, 11/1 ss*
Desvalor de la acción, 11/23 y 26 ss*
Desvalor del resultado, 11/23 y 49 ss*
Incriminación, 11/3 ss*
Parte objetiva, 11/23*
Parte subjetiva, 11/24*
Trabajo en beneficio de la comunidad, 28/16, 30/2 y 23 ss*
Responsabilidad personal subsidiaria, 30/51
Trabajos forzados, 29/4 s

Trastorno mental transitorio, 20/30, 22/11, 23/1 ss*
Atenuante analógica, 23/7
Atenuante de arrebato u obcecación, 23/7
Causas exógenas, 23/3 y 11 ss*
Eximente incompleta, 23/7
Límite con el miedo insuperable, 24/25
Medidas de seguridad, 23/33 s*
Tribunales Tutelares de menores, 1/38, 28/12

Última *ratio*, 1/2, 4/47 s*, 5/6, 18/2 s

Unidad de hecho (o de acción), 27/2 ss*
Delito permanente, 27/13*
Delitos de varios actos, 27/13*
Realización progresiva del tipo, 27/14
Realización repetida del tipo, 27/14*
Unidad natural de acción, 27/14*
Unidad jurídica de acción, 27/15*

Valoraciones, 1/10 y 17, 2/32 ss*
Versari in re illicita, 4/69, 11/75 s*, 12/61, 16/76
Víctima, 1/22